Stufung und Spaltung des mittelbaren Besitzes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Werner Lasch
Gerichtsreferendar aus Eschwege

Marburg 1934

A. Roßbach, Buchdruckerei, Eschwege

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. April 1934.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

Schrifttum.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts. 3. Aufl. Straßburg 1913.
Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. in Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 101 ff.
Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Rostocker Rechtswissenschaftl. Studien, 3. Bd., 3. Heft.
Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 42. S. 645 ff.
Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. in Iher. Jahrb. Bd. 34. S. 1 ff.
Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1914.
Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.
Corpus Iuris Civilis. Institutiones Digesta, hrsg. von Krüger und Mommsen. Berlin 1881.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. u. 8. Aufl. Jena 1924.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III. Rechte an Sachen und Rechten. Tübingen 1905.
Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.
Dernburg: Pandekten. I. Bd. 7. Aufl. Berlin 1902.
Dernburg: Das Sachenrecht. 4. Aufl. Halle 1908.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. I. Berlin 1903.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt.: Sachenrecht. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 11. Aufl. München 1921.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. III. Bd. 6. Aufl. Berlin 1892.
Geißler: Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache. JW 1905. S. 521 ff.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. II: Sachenrecht. Leipzig 1905.
Gierke, Otto: Gutachten: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages, Bd. III. Berlin 1898.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II.: Sachenrecht. Berlin 1912.
Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Hofmeister, W.: Der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers. Diss. Göttingen 1930.
Heusler: Die Gewere. Weimar 1872.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1906.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.
Kohler: Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV.: Vertrag und Uebergabe. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 18. S. 1 ff.
Kreß: Besitz und Recht. Nürnberg-Leipzig 1909.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1906.
Leonhard, Fr.: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. Berlin 1926.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preußischen Allgemeinen Landrechts. 1. Hälfte. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900.
Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. München 1906.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Manigk: Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach BGB. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 25. S. 316 ff.
Manigk: Juristische Tatsachen, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. V. S. 847 ff. Berlin-Leipzig 1928.
Manigk: Rechtshandlungen. ebd. Bd. IV. S. 664 ff. Berlin-Leipzig 1927.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III: Sachenrecht.
Berlin-Leipzig 1888.
Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien.
in Iher. Jahrb. Bd. 53. S. 331 ff.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III: Sachenrecht, 5 Aufl. (1. Lieferung). Berlin-Leipzig 1932.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III und IV.
Berlin 1899.
Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes.
Diss. Freiburg 1905.
Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz.
JW 1908. S. 395 ff.
Pudor: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? in JW 1905. S. 314 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd.: Sachenrecht. 7. Aufl.
Berlin-Leipzig 1929.
Reiß: Ueber mittelbaren Besitz. Diss. Marburg 1904.
Rohde: Studien im Besitzrecht. Abschnitt XXI und XXIII.
Marburg 1913.
Rosenberg: Sachenrecht, 1. Halbbd. München 1919.
Sachsenspiegel, Des, I. und II. Teil, hsg. von Homeyer,
Berlin 1861 bezw. 1842.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.
Schmelzeisen: Die Relativität des Besitzbegriffes.
Arch. f. Ziv. Praxis. Bd. 136. S. 38 ff und S. 129 ff.
v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl.
Berlin-Leipzig 1928.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen. Geschichte und System des römischen Rechts. 17. Aufl.
München-Leipzig 1928.
Staudingers Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. III: Sachenrecht. I. Teil erläutert von Kober. 9. Aufl.
München-Berlin-Leipzig 1926.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB.
in Iher. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Bd. I: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl.
Paderborn 1902.
Wendt: Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Arch. f. Ziv. Praxis. Bd. 87. S. 40 ff.

Wendt: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig?
in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. Bd. III. S. 1 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. Main 1906.
Wolff, M.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III: Sachenrecht. 9. Bearb. Marburg 1932.

Inhalt.

§ 1.

Einleitung: Problemstellung.

Immer wieder geben neuere Entscheidungen, die sich mit Fragen aus dem Gebiet des mittelbaren Besitzes des Bürgerlichen Gesetzbuches zu befassen haben, Anlaß zu erheblichen Zweifeln. Schon beim Entstehen des Bürgerlichen Gesetzbuches, das den Begriff „mittelbaren Besitz" zum ersten Male einführte und als „Auchbesitz" anerkannte, konnte man das Wesen des mittelbaren Besitzes nicht scharf erfassen und normieren. Heute ist vor allem die Frage zweifelhaft geworden, ob dadurch, daß ein Besitzmittler ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers mittelbaren Besitz auf einen Dritten überträgt, der erste mittelbare Besitzer ohne weiteres seinen mittelbaren Besitz verliert. Diese Frage ist besonders in den Entscheidungen des Reichsgerichts, die in der Juristischen Wochenschrift vom Jahre 1928 auf S. 398 ff. und vom Jahre 1932 auf den S. 1212 ff. wiedergegeben und besprochen sind, behandelt worden. Sie gibt Anlaß zu Erörterungen über die Stufung und insbesondere auch über die Möglichkeit der Spaltung des mittelbaren Besitzes. Um dies klarlegen zu können, bedarf es eines Eingehens auf die allgemeinen Grundlagen des mittelbaren Besitzes, wobei dann von dem Begriff des Besitzes als Oberbegriff auszugehen ist.

§ 2.

Die Begriffe „Besitz" und „mittelbarer Besitz".

Das Bürgerliche Gesetzbuch überschreibt den ersten Abschnitt des Sachenrechts mit „Besitz". Suchen wir aber in dem Abschnitt nach einer Definition des Besitzes, so finden wir sie nicht.

Das Gesetz begnügt sich zunächst damit, durch § 854 Abs. 1 und 2, zu bestimmen, wie Besitz erlangt wird, und zwar wird nach Absatz 1 Besitz erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, und nach Abs 2 durch das In-der-Lage-sein, Gewalt über die Sache auszuüben, nach

vorangegangener Einigung zwischen bisherigem Besitzer und Erwerber. Weiterhin enthält dieser Gesetzesabschnitt nur Bestimmungen über die Beendigung und den Schutz des Besitzes. Es ist daher schwer, bei einer derartigen Behandlung des Besitzes durch das Gesetz eine eindeutige und umfassende Definition des Besitzes zu finden.

In der Literatur mangelt es nicht an Definitionen des Besitzbegriffs, aber sie können doch meistens nicht den Besitz in jeder Beziehung umfassen. Das ist auch nicht verwunderlich, braucht doch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst den Begriff „Besitz" in verschiedenem Sinn.[1]) So versteht es z. B. in den §§ 869 Satz 2 und 2025 die tatsächliche Sachherrschaft selbst. Weiterhin will es mit diesem Wort jeden Tatbestand bezeichnen, an den die Rechtsordnung die Folge des Besitzes als Rechtsverhältnis knüpft, selbst wenn dieser Tatbestand einer tatsächlichen Sachherrschaft ermangelt.[2]) Schließlich bedeutet das Wort „Besitz" der Inbegriff der Rechte des Besitzers, also ein subjektives Recht.[3])

Vielen der Begriffsbestimmungen ist vorzuwerfen, daß sie den Besitz nur nach einer Richtung hin darstellen. Die einfachste Erklärung, daß Besitz tatsächliche Gewalt sei,[4]) ist zu eng, da es auch Besitzverhältnisse gibt, die nur die Möglichkeit enthalten, die tatsächliche Gewalt zu erlangen. Andere Definationen haben dagegen vorwiegend den Besitz als Rechtsfolge betont. So sagt beispielsweise Strohal:[5]) „Besitz ist ein durch Rechtssetzung genauer bestimmtes Verhältnis tatsächlicher Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person". Cosack[6]) wieder bezeichnet den Besitz „als ein auf der tatsächlichen Sachherrschaft beruhendes Recht schwächeren Charkters".

Diese herausgegriffenen Definitionen sind also nach dem, was unter Besitz in seinen verschiedenen Bedeutungen zu verstehen ist, nicht umfassend genug. In den meisten Definitionen, die uns die Literatur bietet, spiegelt sich die Stellung des Verfassers zu der Frage, ob der Besitz ein Recht oder eine Tatsache sei, wider. Es bedarf daher auch hier eines Eingehens auf die alte, bereits schon vor Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches erörterte Streitfrage, ob der Besitz eine Tatsache oder ein Recht ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, von dem heute auszugehen ist, hat keine Klärung in diese alte Streitfrage gebracht. Es

[1]) Vgl. hierzu M. Wolff § 3, 2, an den sich die Aufzählung anlehnt.
[2]) so z. B. in den §§ 858. 985 BGB.
[3]) so z. B. die §§ 854, 856, 857 BGB.
[4]) Dernburg S. 48; Goldmann-Lilienthal S. 3; Rosenberg Vorbem. 2 zu § 854; Leonhard, Grundriß S. 115; Biermann Nr. 1 vor § 854.
[5]) Strohal, Sachbesitz S. 1.
[6]) Cosack § 4, V.

stellt beispielsweise im § 1414 den Besitz dem Recht gegenüber, andererseits bezeichnet es den Besitz wieder als ein Recht, was die §§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 beweisen. Auf diese verschiedenartige Stellungnahme des Gesetzes begründen sich die gegensätzlichen Ansichten der Literatur, die den Besitz entweder als eine Tatsache oder ein Recht bezeichnen. Dernburg[7]) sagt, daß der Besitz als solcher kein Recht sei. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an: „daß nach § 93 die wesentlichen Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes seien, nach § 865 aber besonders besessen werden können". Und außerdem verweist er auf die §§ 268 und 1414 BGB, in denen der „Besitz" dem „Recht" an der Sache gegenübergestellt wird. Weiterhin führt er an, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht unfähig zum Besitzerwerb ist, wer geschäftsunfähig ist. Leonhard[8]) faßt mit ähnlichen Argumenten den Besitz als eine Tatsache auf.[9])

Demgegenüber sei als Vertreter der Gegenansicht Staudinger[10]) angeführt, der von der „tatsächlichen Grundlage" des Besitzes ausgeht, die dem Besitzer eine wichtige Rechtsstellung verschafft. „Diese (Rechtsposition) bildet die Voraussetzung für viele Arten des Rechtserwerbs, an sie knüpfen sich wichtige Rechtsvermutungen usw. . . . sie ist übertragbar . . ., sie wird, was die Hauptsache ist, vom Rechte geschützt (§§ 859, 861, 862) und kann unter Umständen sogar mit einer petitorischen Besitzklage (§ 1007) verfolgt werden; der Besitz kann auch eine ungerechtfertigte Bereicherung bilden . . ., er kann sogar Gegenstand eines Vermächtnisses sein (§ 2169). Im Hinblick darauf kann man den Besitz füglich kurzweg als Recht bezeichnen, zwar nicht als ein dingliches, aber jedenfalls im Sinne des § 823". — Crome[11]) nennt den Besitz kurz ein Rechtsverhältnis mit Rücksicht auf die rechtlichen Folgen, welche das Gesetz an ihn knüpft.[12])

Jede dieser Definitionen, sowohl die, welche den Besitz als Tatsache, als auch die, welche ihn als Rechtsverhältnis auffassen, enthält richtige Gedanken. Aber sie sind dennoch abzulehnen, weil sie einseitig sind und kein klares Bild bei der Behandlung des Besitzbegriffes schaffen. Nur die Methodik der juristischen Tatsachen kann bei der Klarlegung

---

[7]) Dernburg Sachenrecht § 11 Anm. 4 S. 49.
[8]) Leonhard, Grundriß S. 115.
[9]) Weiterhin führen den Besitz als Tatsache an u. a. Strohal, Jher. Jahrb. 38 S. 63 ff.; RGRK 1 zu § 854; Maenner S. 124; Kretzschmar S. 3.
[10]) Staudinger Vorbem. zu VII zu „Besitz".
[11]) Crome § 342.
[12]) den Standpunkt, daß der Besitz ein Rechtsverhältnis sei, vertreten fernerhin Endemann S. 331 ff.; Gierke, Privatrecht S. 214, Kreß S. 173, M. Wolff § 3, III u. a.

des Besitzbegriffes zu einem Ergebnis führen, wie dies bereits Manigk[13]) in seinem Artikel „Juristische Tatsachen“ eindeutig zu beweisen verstanden hat. Eine Tatsache ist eine juristische durch ihre rechtliche Bedeutsamkeit. Eine Tatsache wird zu einer juristischen dadurch, daß ihr die Rechtsordnung die Kraft gibt, eine Wirkung hervorzurufen, und zwar entweder selbständig oder im Verein mit anderen Tatsachen. In diesem Sinne ist auch der Besitz als eine juristische Tatsache anzusehen. Es ist doch immer zu scheiden zwischen dem Besitz als Rechtsverhältnis und als tatsächlichem Haben. Ersteres ist erst die Rechtsfolge von letzterem. Wie Ursache und Wirkung ist auch der Besitz als Rechtsverhältnis und tatsächliches Haben voneinander zu scheiden.

Heck versucht neuerdings auf Grund der Anschauungen der Interessenjurisprudenz das Wesen des Besitzes zu erfassen. Er sieht die den Besitztatbestand bezeichnende Norm als ein Blankett an und sagt dann in § 5 Ziffer 6: „Die Ausfüllung legislativer Blankette und daher auch die nähere Bestimmung unabgegrenzter Begriffe hat der Richter durch Abwägung der Interessen nach Maßgabe des gesetzlichen Werturteils der ratio legis zu vollziehen. In dieser Weise hat er auch diejenigen Sachlagen zu ermitteln, bei denen Kontinuitätsinteressen den Besitzschutz rechtfertigen. Die Gesamtheit dieser Rechtslagen bildet den Tatbestand des Besitzes.“ So ist nach seiner Ansicht die Frage nach Besitz nicht nach der Wortbedeutung, sondern nach den Lebensbedürfnissen zu forschen. Aehnliche Wege geht Schmelzeisen in seinem Artikel „Die Relativität des Besitzbegriffes“,[14]) wenn er, allerdings unter Ablehnung einer Berücksichtigung der Besitzschutzinteressen, Heck zustimmt. Diese Ansichten wollen den Begriff allein aus der Wirkung erklären. Das ist fehlerhaft. Das bestehende Bürgerliche Recht ist kein reines Interessenrecht, in dem das Recht nur dem tatsächlichen Interesse zu folgen hätte, vielmehr ist das Recht auch ein Wegweiser für die Interessen.[15]) Es befriedigt sie nicht, ohne sie nicht zu beschränken.

Bedeutsam ist bei diesen einleitenden Erörterungen über den Besitz im allgemeinen die Frage, ob zu dem Besitz ein Wille gehört und beim Besitzerwerb ein Besitzwille nötig ist. Das Gesetz verlangt, im Gegensatz zu dem gemeinen Recht, keinen besonderen Besitzwillen. Manche Schriftsteller nehmen daher an, daß der Verkehrsbesitz auch ohne einen

---

[13]) Manigk, in Handwörterb. d. Rechtswiss. Bd. V S. 847 ff.
[14]) Schmelzeisen, Arch. Ziv. Pr. Bd. 135 S. 53.
[15]) vgl. zu letzterem die treffenden Ausführungen Manigks im Handw. B. d. Rechtswissenschaft Bd. III Art. Interessenjurisprudenz.

Besitzwillen allein auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes entstehen kann. Nach Staudinger[16]) ist dies aus der Verkehrsauffassung zu entnehmen. Dernburg[17]) sagt, daß es besondere Raumverhältnisse gebe, die eine Sache derartig in unsere Gewalt brächten, daß wir die Verfügungsmacht über sie hätten, auch wenn wir nichts davon wüßten.[18]) Dieselben verwenden den Besitzwillen in verschiedener Beziehung, aber dennoch so, daß eine klare Stellungnahme nicht ersichtlich ist.

Man wird aber, obwohl das Gesetz keinen Willen verlangt, nicht etwa sagen, der Wille des Besitzerwerbers sei nach dem heutigen Rechte beim Besitz gleichgültig und unnötig, würde es doch zu unliebsamen, ja widersinnigen Folgen führen. Nach der gegenteiligen Ansicht würde ich z. B. schon dann als Besitzer gelten, wenn mir unbestellte Sachen in meine Wohnung oder irgend etwas in meine Tasche gesteckt wird, obwohl ich nicht die geringste Ahnung davon habe, allein schon deshalb, weil sie im Bereiche meiner tatsächlichen Gewalt sind. Diese Auffassung dürfte zu weit gehen, sie ist daher abzulehnen. Nach richtiger Ansicht ist sowohl beim Erwerb als auch beim Fortbestehen des Besitzes zwar ein Wille notwendig. Dieser Wille ist aber kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein rein natürlicher Wille, der sich immer nur auf das tatsächliche Haben selbst, nicht auf die Rechtsfolge bezieht.[19]) Daher kann auch jemand, der nicht handlungs- aber willensfähig ist, Besitzer werden, also auch ein Kind unter 7 Jahren, sobald es nur seinen Willen äußern kann. Hervorzuheben ist ferner, daß dieser natürliche Wille nicht speziell bestimmt zu sein braucht, sondern daß jeder generelle Wille genügt.[20])

Neben dem eben erörterten Besitz, welcher der Oberbegriff in der Besitzlehre ist, hat das Bürgerliche Gesetzbuch aus praktischen und sozialen Gründen eine zweite Art des Besitzes, den mittelbaren Besitz, geschaffen. Auch für diesen hat das Gesetz keine direkte Definition gegeben. Wenn der § 868 sagt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch

---

[16]) Staudinger zu § 854 I, 2.

[17]) Dernburg § 17,2.

[18]) s. auch Strohal, Sachbesitz S. 67; Kniep S. 91; Crome S. 28; Kretzschmar zu § 854; vgl. auch Heck § 10,4a.

[19]) so mit Recht Manigk, We und Wg S. 655. § 168 S. 691; vgl. auch Kreß § 32, III S. 146; M. Wolff § 10 II; RGRK. zu § 854,3.

[20]) erinnert sei hierbei an das bekannte Schulbeispiel, mit dem an meiner Wohnung angebrachten Briefkasten. Ich werde Besitzer aller an mich gerichteten Briefe, nicht aber solcher, deren Adressat ich nicht bin.

der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)," so führt er damit nur Beispiele dafür an, wer mittelbarer Besitzer sein kann.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches enthielt eine Bestimmung wie die des § 868 nicht, weil man dort zwischen Besitz und Innehabung unterschied, eine Unterscheidung, die von der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr anerkannt wurde. Erst die zweite Kommission hat den Begriff des mittelbaren Besitzes eingeführt, obwohl die Idee heftigen Widerspruch gefunden hatte. Von gegnerischer Seite war vor allem hervorgehoben worden, daß der Gedanke, auch solchen Personen Besitzschutz zu gewähren, welche die tatsächliche Gewalt nicht ausüben, im Widerspruch mit der Auffassung des Lebens stehe.[21]) Diese an der römischen Rechtsauffassung[22]) haftende Anschauung konnte aber gegenüber der anderen Ansicht, die sich an die alten deutschrechtlichen Bestimmungen, welche doch am besten dem deutschen Volksempfinden entsprachen, lehnte, und die auch der modernen Verkehrsauffassung entsprach, nicht bestehen.

§ 3.

Die Stellung des römischen Rechts zu einem Mehrbesitz.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch neben den Verkehrsbesitz den mittelbaren Besitz als „Auchbesitz" gestellt hat, so fragt es sich, ob es damit eine völlig neue, bisher unbekannte Möglichkeit des Besitzes in das Besitzrecht eingeführt hat, oder ob es schon in den älteren Rechten einen mehrfachen Besitz oder wenigstens Ansätze dazu gegeben hat.

Das römische Recht lehnt, wie wir sehen werden, grundsätzlich den mehrfachen Besitz, d. h. einen Besitz mehrerer Personen an derselben Sache, ohne daß Mitbesitz vorliegt, ab. Im römischen Recht sind mit dem Besitz, sei es beim Bestehen oder sei es beim Entstehen immer die Begriffe „corpus" und „animus" verbunden. Der Begriff „corpus" bezeichnet das Aeußerliche des Besitzes,[23]) nämlich die rein körperliche Innehabung der betreffenden Sache. Der Begriff „animus" (genauer: „animus domini") bedeutet das innere Verhältnis des Inhabers zur Sache, und zwar den sich mit dem körperlichen Verhältnis deckenden Willen. Wer eine Sache in seiner Hand hatte und auch gleichzeitig den Willen hatte, dieselbe wie ein Eigentümer in der Gesamtheit ihrer Beziehungen zu beherrschen, war daher nach der

[21]) Prot. III S. 22.
[22]) Vgl. Dig. 41,2. 1. 3 § 5.
[23]) Vgl. Sohm S. 270.

herrschenden Lehre im römischen und gemeinen Recht grundsätzlich nur Besitzer.[24]) So war der Eigentümer der Sache Besitzer. Aber auch der Dieb und der Räuber, deren tatsächliches Verhalten zur Sache vom Eigentümer nicht zu unterscheiden war, waren Besitzer. Diese Art des Besitzes wird juristischer Besitz genannt. Fehlte dagegen der „animus domini", so war auch kein juristischer Besitz vorhanden. Hatte also jemand eine Sache in seiner physischen Herrschaft, vielleicht auch in seinem eigenen Interesse, einerlei ob für kürzere oder längere Zeit, so war er kein juristischer Besitzer, wenn er die Oberherrschaft eines anderen an der Sache anerkannte, wie z. B. der Entleiher den Verleiher, der Mieter den Vermieter. Diese Art der Innehabung, die technisch als Detention bezeichnet wird, schieden die Römer scharf von dem juristischen Besitz. Bei einem Vergleich dieser Begriffe mit der heutigen Terminologie ergibt sich, daß rein begrifflich der juristische Besitz dem Eigenbesitz und die Detention dem Fremdbesitz entspricht.

Nur der juristische Besitz galt im römischen Recht als Besitz im Rechtssinne.[25]) Daher hatte auch nur der juristische Besitzer durch die possessorischen Interdikte Anspruch auf Besitzschutz. Der Detentor erhielt erst später im gemeinen Recht einen Besitzschutz durch die Spolienklage. Infolge dieser strengen Fassung des juristischen Besitzes ist an ein und derselben Sache nur ein Besitz,[26]) nicht dagegen ein mehrfacher möglich.[27])

Aus Verkehrsrücksichten der damaligen Zeit galt die Regel, daß nur der, welcher den animus rem sibi habendi (animus domini) hatte, juristischer Besitzer war, nicht ausnahmslos. Vielmehr werden drei Gruppen von Fremdbesitzern den juristischen Besitzern gleichgestellt. So hatten der Pfandgläubiger (creditor pignoraticius), der Prekarist und der Sequester, die zu einem Dritten in einem Verhältnis standen, auf Grund dessen sie die tatsächliche Gewalt über die Sache auf Zeit hatten,[28]) juristischen Besitz. Der Dritte behielt hierbei den animus domini, und ihm verblieb auch der Ersitzungsbesitz. Diese Fälle des Besitzes werden heute unter dem Begriff „abgeleiteter Besitz" zu-

---

[24]) Vgl. hierzu v. Savigny S. 247 ff.

[25]) Sohm S. 271.

[26]) D. 41,2 1.3 § 5. . . . plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum aliquid teneam tu quoque id tenere videaris . . , non magis enin eadem possessio apud duos esse potest, quam ut stare videaris in eo loco, in quo ego sedeo, tu sedere videaris

[27]) Windscheid-Kipp S. 755.

[28]) Verschiedene Schriftsteller rechnen zu dieser Gruppe den Emphiteuta und den Superfiziar, vgl. z. B. Dernburg, Band I § 172. Dagegen aber Savigny § 9 S. 115.

sammengefaßt, eine Bezeichnung, die seit Savigny geläufig ist.[29]) Diese von der Regel abweichende Behandlung des abgeleiteten Besitzes ist nicht auf Besonderheiten der Besitzwillen zurückzuführen, es sind dagegen nur Ausnahmen, die kraft positiver Rechtsbestimmungen bestehen.[30])

Daß nur die hier erwähnten Gruppen des juristischen und abgeleiteten Besitzes Besitzschutz hatten, erscheint der heutigen sozialen Lebensauffassung fremdartig. Es entsprach den politischen und sozialen Verhältnissen des römischen Reichs.[31]) Nur der Mächtige wurde geschützt. Die breite Masse diente dem Kapital.

Das römische Recht kannte nur in Ausnahmefällen einen mehrfachen Besitz, den man hier besser als Doppelbesitz bezeichnet.

§ 4.

Die Stellung des deutschen und preußischen Rechts zu einem Mehrbesitz.

Im alten deutschen Recht ist bei der Prüfung der Frage nach dem Kennen und Vorhandensein eines Mehrbesitzes von dem Begriff der „gewere" auszugehen. Rein sprachlich ist die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „gewere" Bekleidung. Rechtlich ist die Gewere regelmäßig das Verhältnis der Person zur Sache, das sich als Sachherrschaft darstellt. Sie entspricht daher ungefähr unserem heutigen Besitzbegriff, wenn sie auch nicht mit ihm identisch ist. Eine Scheidung des juristischen Besitzes von der Detention wie im römischen Recht kennt das deutsche Recht nicht, da es auch einer Person ohne animus domini die Gewere zuerkennt. Die Gewere an beweglichen Sachen hat derjenige, welcher die Sache inne hat, die er in seinem Gewahrsam hat. Bei Liegenschaften wird die Gewere durch die Nutzung gekennzeichnet, die wieder in einer natürlichen (direkten) Nutzung oder in einer indirekten durch Zins bestehen kann.[32]) Der Schwerpunkt bei der Gewere an Liegenschaften liegt also im „Brauchen" und bei der Gewere an Fahrnis im „Haben". Neben dem „Brauchen" oder „Haben" verlangt auch das deutsche Recht eine innerliche Beziehung der Person zur Sache, und zwar den Willen, die Sache für sich zu haben.

Diese geschilderte Art der Gewere faßt man unter dem

---

[29]) Savigny S. 119.

[30]) Windscheid-Kipp § 149 Anm. 7; Sohm § 49 Anm. 2.

[31]) Vgl. Sohm § 49 S. 281 und Reiß S. 9.

[32]) Vgl. von Amira § 66 S. 209; v. Schwerin § 28 S. 96; Hübner § 28, III; vgl. auch Gierke, Privatrecht § 13 Anm. 2.

Begriff „leibliche Gewere" zur Unterscheidung von der ideellen Gewere zusammen. Letztere wird von dem deutschen Recht auch als Gewere anerkannt, obwohl sie eine von der Sachherrschaft unabhängige, eine unkörperliche Macht ist. Das Recht setzt also den an der Sache Berechtigten in die Lage eines Gewereinhabers, obwohl er nicht in einem körperlichen Verhältnis zur Sache steht. Als Beispiel für diesen Fall sei der Uebergang der Gewere des Erblassers auf den Erben angeführt. Möglich ist eine ideelle Gewere regelmäßig nur an Liegenschaften.[33])

Die Bedeutung der leiblichen Gewere an Liegenschaften liegt, wie wir schon gesehen haben, in der wirtschaftlichen Nutzung. Die Nutzung an Liegenschaften kann nun sehr verschieden sein. Wer sein Landgut verpachtet, hat durch die Einkünfte der Pachtzinsen von seinem Pächter ebenso einen Nutzen wie der, welcher unmittelbar natürliche Früchte aus dem Landgut zieht.[34]) Das Verhältnis ist auch nicht anders, wenn die Sache keine Früchte bringt. In solchen Fällen besteht dann die Nutzung allein in dem Gebrauch oder aber in dem aus der Gebrauchsüberlassung gezogenen Zins. So hatte z. B. der Pächter die Gewere an dem Land, wenn er die Früchte davon erntet, ebenso wie der Verpächter, der den Zins daraus zieht, ebenso der Vasall, der das Lehen nutzte, und der Lehnsherr, der den Dienst seines Vasallen entgegennahm.[35]) Infolge dieser weitgehenden Behandlung der leiblichen Gewere an Liegenschaften war also eine mehrfache Gewere verschiedener Personen an demselben Grundstück ermöglicht.[36]) „Der im deutschen Recht angenommenen Möglichkeit eines gleichzeitigen Besitzes mehrerer an derselben Sache verdankt der Ausdruck ‚ledigliche Gewere' seine Existenz".[37]) Er kennzeichnet die Möglichkeit des gleichzeitigen Vorhandenseins zweier Gewere an einer Sache und wird in solchen Fällen für die Bezeichnung des unmittelbaren Gewereinhabers zur Unterscheidung von dem einfachen Gewereinhaber gebraucht.[38])

---

[33]) s. Hübner § 28, III, 2, Gierke, Privatr. § 113, III 1 b und v, Schwerin § 28 S. 98.

[34]) Vgl. Sächsisches Lehnsrecht 14 § 1: Svie so it, in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt. . . . . die hevet die gewere dar an.

[35]) Vgl. v. Amira § 66 S. 209.

[36]) Gierke, Privatrecht § 113 III, 1 a; Hübner § 28 III 1a; v. Schwerin § 28 S. 97.

[37]) Heusler S. 144.

[38]) Als Beweis für die Möglichkeit einer mehrfachen Gewere sei beispielsweise angeführt: Sachsenspiegel I, 34 § 2: Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untweit, dem herren hilpt die gave nicht he 'ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach. — II 57: Al sie en gut manges mannes, also dat en von dem anderen hebbe, svat so man up deme gude dut, dat sal man beteren deme, die't in ledichliken geweren hevet, unde anders nemanne.

Wie das deutsche Recht allgemein im Gegensatz zum römischen Recht die Möglichkeit des Bestehens eines mehrfachen Besitzes anerkannte, nahm auch das Preußische Allgemeine Landrecht einen mehrfach gestuften Besitz an derselben Sache auf. Das preußische Landrecht teilte den Besitz nach dem Gesichtspunkte des Besitzgegenstandes in Sachbesitz und Rechtsbesitz[39]) und nach der Willensrichtung in vollständigen und unvollständigen Besitz. Vollständiger Besitzer hieß der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein Eigen besaß,[40]) unvollständiger derjenige, welcher eine Sache oder ein Recht als fremdes Eigentum in seinen Gewahrsam[41]) genommen hatte, um darüber für sich selbst zu verfügen.[42]) Wurde von dem Eigenbesitzer einem Dritten der unvollständige Besitz eingeräumt, so hörte der vollständige Besitz des ersteren nicht etwa auf. Er bestand vielmehr fort,[43]) wenn er auch während der Dauer des unvollständigen Besitzes „zu einem ideellen Rechtsverhältnis geworden war, das sich nur als Anspruch äußern konnte".[44]) Vermietete also ein Eigentümer sein Haus, so wurde der Mieter unvollständiger Besitzer, und der vollständige Besitz des Vermieters wurde fortgesetzt.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß der mehrfach gestufte Besitz im deutschen Recht keine unbekannte Erscheinung war. Am weitesten ging die Anerkennung eines Doppelbesitzes im preußischen Recht, das keinen Unterschied beim Besitz an Fahrnis und Liegenschaften kannte, während im alten deutschen Recht die Möglichkeit einer mehrfachen leiblichen Gewere nur an Liegenschaften bekannt war.

§ 5.

Die Arten des Besitzes.

Nach dem heutigen Zivilrecht ist nicht allein der mittelbare Besitz von dem unmittelbaren auseinanderzuhalten, Gesetz und Wissenschaft kennen und unterscheiden noch weitere Arten des Besitzes.

So steht dem Sachbesitz der Rechtsbesitz gegenüber. Diese Unterscheidung wurde schon im römischen und deutschen Recht, wenn auch bei letzterem in weit größerem Maße, rechtlich anerkannt. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt rein

---

[39]) §§ 4, 5, I; 7 ALR; vgl. auch Leske § 106, I.
[40]) § 7 I 7 ALR.
[41]) § 1 I 7 ALR. sagt, daß Gewahrsam der hat, der das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen.
[42]) § 6 I 7 ALR.
[43]) § 124, I 7 ALR.
[44]) Förster-Eccius § 157.

terminologisch einen Rechtsbesitz (iuris quasi possessio) nicht mehr. Wenn es von Besitz spricht, so ist damit immer nur der Besitz an Sachen (§ 90 BGB), der Sachbesitz, gemeint. Behandelt das Gesetz grundsätzlich nur den Sachbesitz und nennt es folglich einen Rechtsbesitz nicht, so ist doch festzustellen, daß ihm ein Rechtsbesitz nach dem Vorbild des römischen Rechts nicht unbekannt ist. Das ergibt sich daraus, daß es die Vorschriften des Besitzschutzes auf die Grunddienstbarkeiten und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für entsprechend anwendbar erklärt (§§ 1029, 1090 BGB). In diesen Fällen hat derjenige, welcher die Dienstbarkeit ausübt, regelmäßig keinen Besitz an dem beschwerten Grundstück. Deshalb wird hier zu seinem Schutz ein Rechtsbesitz angenommen. Für diesen Schutz ist, nebenbei bemerkt, Voraussetzung, daß die Dienstbarkeit des Ausübenden eingetragen ist. Aus dem eben Dargelegten ist es daher begreiflich, daß in der Wissenschaft noch heute dem Sachbesitz der Rechtsbesitz gegenübergestellt wird.[45])

Als eine besondere Besitzart führt das Gesetz den Eigenbesitz an. Eigenbesitzer ist nach § 872 der, welcher eine Sache als ihm gehörend besitzt. Diese Besitzart wird im Gegensatz zu den anderen Bestimmungen des Abschnitts „Besitz“ von einem Willensmoment abhängig gemacht. Sie spielt auch nur außerhalb dieses Abschnitts eine Rolle, so knüpfen sich an sie besondere Rechtsfolgen, z. B. in den §§ 900 Abs. 2, 927 Abs. 1, 937 ff, 955 usw. Aber dennoch ist sie wegen ihrer allgemeinen Bedeutung in dem Abschnitt über „Besitz“ angeführt. Außer durch das Willensmoment unterscheidet sich der Eigenbesitz von dem allgemeinen Besitz, wie ihn § 854 voraussetzt, nicht. Wie auf diesen finden auch bei dem Eigenbesitz die Besitzvorschriften ihre Anwendung.[46])

Ueber die Frage, wie der dem Eigenbesitz eigentümliche Wille geartet sein muß, herrscht Streit. Die Hauptansichten seien hier angeführt, soweit es in den Rahmen einer einführenden Gegenüberstellung der einzelnen Besitzarten möglich ist.

Nach Dernburg[47]) genügt es zum Eigenbesitz, daß der Besitzer die Stellung eines Eigentümers annimmt. Planck[48]) nennt Eigenbesitzer denjenigen, der eine Sache mit dem Willen besitzt, sie wie eine ihm gehörende zu haben. Er läßt aber auch den Willen des Besitzers, „die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben“, als

---

[45]) Vgl. hierzu Staudinger zu § 854 III; Endemann § 28 Ziff. 5; Dernburg, Sachenrecht § 30; M. Wolff § 24.

[46]) s. Staudinger zu § 872,2 b; Planck zu § 872,1, RG. 81,66.

[47]) Dernburg § 12,2.

[48]) Planck zu § 872,2.

Eigenbesitzwillen genügen. So reicht auch nach M. Wolffs[49]) Ansicht aus, daß der Eigenbesitzer eine Sache „wie eine ihm gehörende besitzt, daß sein Besitz Eigentumsausdruck, Eigentumsdarstellung ist“.[50]) Die Vertreter dieser Ansicht halten daher auch einen Besitzerwerb eines Geschäftsunfähigen für möglich.

Gegen diese Ansichten wird dargelegt, daß der Eigenbesitz nichts anderes sei als der auf dem animus domini beruhende Besitz. So sagt Manigk,[51]) daß der Eigenbesitzerwerbswillen nichts anderes ist als der animus domini, daß es derselbe ist, „den man beim Erwerb des Eigentums durch Tradition erlangt“. Aus der Annahme, daß der Wille des Eigenbesitzers derselbe ist wie der des Eigentümers, folgert er dann, daß Geschäftsunfähige Eigenbesitz i. S. des § 872 nicht erwerben können.[52]) Auch das Reichsgericht[53]) nennt Eigenbesitzer denjenigen, welcher eine Sache „mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein“, besitzt. Ebenso verlangt auch Staudinger[54]) zum Eigenbesitz den Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu haben.[55])

Der Ansicht, daß ein animus domini vorliegen muß, ist beizutreten. Denn aus § 872 läßt sich nicht herleiten, daß selbst schon der, welcher die Stellung eines Eigentümers einnimmt, Eigenbesitzer ist. Wenn ein Eigenbesitzer „als ihm gehörend“ besitzt, so will er jeden Dritten von der Sache ausschließen, er will das stärkste Recht an der Sache haben. Somit unterscheidet sich sein Willen nicht von dem Eigentumsbesitzwillen. Die Gegenansicht ist auch deshalb abzulehnen, weil sie zu dem unhaltbaren Ergebnis führt, daß der Geschäftsunfähige Eigenbesitz erwerben kann,[56]) da die Betätigung des Eigenbesitzwillens keinen rechtsgeschäftlichen Charakter trage. Da wir aber den Eigenbesitzerwerbswillen dem Eigentumserwerbswillen gleichgesetzt haben, so ist die Betätigung des ersteren ebenso wie die des letzteren rechtsgeschäftlicher Natur, da beide Willen auf Rechtswirkungen hinzielen. Grundsätzlich liegt, wenn eine Wirkung als Folge des Parteiwillens eintritt, ein Rechtsgeschäft vor.[57])

---

[49]) Wolff § 7 I.

[50]) ebenso auch Fischer-Henle zu § 872; Auerbach S. 21.

[51]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 129; Arch. f. Bür. Recht S. 316; WE und WG S. 546 ff.

[52]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 214.

[53]) RG. 54 S. 135, vgl. auch RGRK. § 872.

[54]) Staudinger zu § 872,2.

[55]) Die gleiche Ansicht vertreten weiterhin Biermann zu § 872,1; Kreß S. 244; Goldmann-Lilienthal § 1,5; Crome III § 344; Cosack § 5,1.

[56]) so vor allem Planck zu § 872, IV; Dernburg § 12 Anm. 1; M. Wolff § 7, I; Kniep S. 104; Gierke Privatrecht § 132, II: Anm. 15.

[57]) Vgl. Manigk, WE und WG S. 637; vgl. auch den Artikel „Rechtshandlungen“ im Handw. B. d. Rechtswissenschaften Bd. IV S. 664 ff.

Als Folge dieser Rechtsgeschäftsnatur können daher gemäß den §§ 104, 105 BGB Geschäftsunfähige keinen Eigenbesitz erwerben.[58]) Es tut dieser Entscheidung keinen Abbruch, wenn auch der Dieb Eigenbesitzer ist. Auch er hat den animus domini, wenn der animus auch rechtlich erfolglos bleibt.

Der Gegensatz des Eigenbesitzes wird von der Rechtswissenschaft, da das Gesetz keine Bezeichnung gegeben hat, als Fremdbesitz — ein Ausdruck, den Dernburg[59]) geprägt hat — bezeichnet. Man versteht unter Fremdbesitz kurz den Besitz, über welchem noch ein stärkerer Besitz steht. Das Allgemeine Preußische Landrecht nannte diese Besitzart „unvollständigen Besitz". Gierke[60]) hält für den Besitz, der nicht Eigenbesitz ist, die Bezeichnung „Lehnsbesitz" für passender. Aber der Begriff Fremdbesitz ist heute der durchaus gegebräuchlichere, er gibt zu Verwechslungen keinen Anlaß. Habe ich beispielsweise mein Haus vermietet, so ist mein Mieter Fremdbesitzer, während ich als Vermieter Eigenbesitzer bleibe. Es ist auch möglich, daß jemand zugleich Eigen- und Fremdbesitzer ist. So ist z. B. ein Hauseigentümer, der bei seinem Mieter als Untermieter wohnt, zugleich (unmittelbarer) Miet- und (mittelbarer) Eigenbesitzer. Den Fremdbesitz kann man wieder unterteilen in einen Nutzungs- und reinen Verwaltungsbesitz.[61])

Eine generelle Begriffsbestimmung für die Gliederung in Eigenbesitz und Fremdbesitz wie etwa „Besitzstufung" für die Trennung in unmittelbaren und mittelbaren Besitz fehlt. Heck[62]) schlägt deshalb als Bezeichnung für diese Gegenüberstellung Eigenbesitz-Fremdbesitz „Gliederung nach Rechtsfarben oder kürzer nach Farben" vor. Diese einzelnen Besitzformen trügen, wie er ausführt, die Farbe des entsprechenden definitiven Rechts, eines dinglichen oder eines obligatorischen. Die Schaffung einer derartigen Bezeichnung ist aber unnötig, da ein Bedürfnis hierfür praktisch nicht besteht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt neben dem Besitz an einer Sache in seiner Gesamtheit auch einen Teilbesitz, der in § 865 seine gesetzliche Grundlage findet. Für die Möglichkeit eines Teilbesitzes führt das Gesetz selbst Beispiele an, nämlich Teilbesitz an abgesonderten Wohnräumen oder an-

---

58) So besonders treffend und überzeugend Manigk in seinen ausführlichen Darlegungen im „Anwendungsgebiet" S. 211 ff, denen beizustimmen ist. Ebenso Biermann zu § 872,1; Staudinger zu § 872,5 b; Goldmann-Lilienthal § 2,1; Turnau-Förster zu § 854 Anm. 4; Kreß S. 247, vgl. auch RGRK. § 872.

59) Gierke, Dtsch. Privatrecht § 114.

60) Dernburg, Sachenrecht § 13.

61) Dernburg § 13.

62) Heck S. 18.

deren Räumen. Voraussetzung für das Bestehen eines Teilbesitzes ist immer eine gesonderte räumliche Herrschaft zu einem Sachteil, die von dem räumlichen Verhältnis eines Dritten an dem anderen Sachteil unabhängig ist.[63]) So sind beispielsweise in einem Mietshause die Mieter der einzelnen Stockwerke Teilbesitzer des Mietshauses, weil sie die räumliche Herrschaft über das von ihnen gemietete Stockwerk (einen Teil des Hauses) haben. Nicht aber allein an Liegenschaften ist ein Teilbesitz möglich, auch an beweglichen ist er denkbar, sobald die Möglichkeit eines getrennten räumlichen Besitzverhältnisses besteht. Haben zwei Studenten, die eine gemeinsame Wohnung bewohnen, in ihrem Wohnzimmer einen Bücherschrank, der zwei einzelne verschließbare Fächer hat, so ist jeder von ihnen Teilbesitzer an dem von ihm ausschließlich benutzten Teil des Schrankes.

§ 865 gewährt dem Teilbesitz denselben Besitzschutz, der durch die §§ 858—864 BGB dem Besitz allgemein geboten wird.

Von dem Teilbesitz zu scheiden ist der Mitbesitz. Während ersterer als ein gesonderter Besitz mehrerer an einzelnen Sachteilen besteht, ist letzterer ein gemeinschaftlicher Besitz mehrerer an ein und derselben Sache oder auch an demselben Sachteil. Das Gesetz selbst bezeichnet den in § 866 geregelten Fall, daß „mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen," in den §§ 1081, 1206 als Mitbesitz.

Soll ein Mitbesitz bestehen, so darf der Besitz der Mitbesitzer nicht etwa in ideelle Anteile zerlegt sein, sondern er muß jedem an der ganzen Sache oder dem ganzen Sachteile zustehen.[64]) Hervorgehoben sei, daß der Mitbesitz immer nur unter Besitzern derselben Stufe der Besitzleiter bestehen kann. Seiner äußeren Erscheinung nach kann der Besitz im schlichten Mitbesitz oder im Gesamthandbesitz (Mitbesitz zur gesamten Hand) geschieden werden.[65])

Bei der ersten Form des Mitbesitzes ist jedem einzelnen Mitbesitzer allein die Sache oder der Sachteil zugänglich, während nur der gleichzeitige Mitbesitz der anderen Mitbesitzer sein Besitzverhältnis zur Sache einschränkt. Solch schlichter Mitbesitz besteht z. B. für die einzelnen Mietparteien eines Mietshauses an der gemeinsamen Waschküche[66]) oder an dem zum Hause gehörigen gemeinschaftlichen Bleichplatz, zu welchem jede der Parteien selbständig Zutritt hat.

---

[63]) Mot. III S. 114; Staudinger zu § 865,1; RGRK. zu § 865.

[64]) Vgl. RGSt. Bd. 47 S. 314.

[65]) vgl. Rosenberg zu § 866, I, 3; M. Wolff § 9, II; RGRK. zu § 866; Crome § 355,2; Windscheid-Kipp S. 759 ff.

[66]) Beispiel bei M. Wolff § 9, II, 1.

Bei dem Gesamthandbesitz haben die Mitbesitzer nur in ihrer Gesamtheit und Einheit die Möglichkeit, ihre Besitzrechte auszuüben. Um einen solchen Gesamthandbesitz würde es sich z. B. handeln im Falle des Mitverschlusses i. S. des § 1206 BGB. Der Zugang zur Pfandsache kann nur durch Zusammenwirken des Pfandgläubigers oder seines Vertreters und des Eigentümers gewonnen werden.

Dem Mitbesitz allgemein ist der Alleinbesitz gegenüberzustellen, der Besitz einer Einzelperson an einer Sache. Wie die Besitzschutzvorschriften für letzteren gelten, so finden sie auch auf den Mitbesitz Anwendung mit Ausnahme des Besitzschutzes in ihrem Verhältnis zueinander, soweit es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt (§ 866 BGB).

In § 866 hebt das Gesetz noch als weitere Besitzart den mittelbaren Besitz hervor. An dieser Stelle soll nur rein äußerlich der Gegensatz von unmittelbarem und mittelbarem Besitz dargelegt werden. Die Eigenarten dieses mittelbaren Besitzes werden sich aus den später folgenden Erörterungen ergeben.

Für das Bestehen des mittelbaren Besitzes ist immer die Beteiligung von mindestens zwei Personen erforderlich, von denen die eine mittelbarer und die andere unmittelbarer Besitzer genannt wird. Der eine von den Beteiligten besitzt die Sache, er steht zu der Sache in unmittelbarer Beziehung (unmittelbarer Besitzer), während der andere „auch Besitzer" ist (mittelbarer Besitzer), aber nur auf Grund eines Rechtsverhältnisses, das zwischen ihm und der vor ihm stehenden Besitzer besteht. Habe ich ein mir gehöriges Buch einem Freund geliehen, so ist der Freund unmittelbarer Besitzer, und ich bleibe mittelbarer Besitzer, und zwar infolge des zwischen ihm und mir bestehenden Leihverhältnisses. Ebenso bleibe ich mittelbarer Besitzer, wenn ich mein Landhaus vermietet habe und der Mieter unmittelbarer Besitzer wird. Der Unterschied zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitz liegt also darin, daß der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt unmittelbar über die Sache entweder selbst oder durch seinen Besitzdiener ausübt, während bei dem mittelbaren Besitz ein Besitzverhältnis zur Sache nur wegen der Rechtsbeziehungen zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer besteht.

Diese Unterscheidung, die einen mehrfachen Besitz seiner Qualität nach aber in verschiedener Stärke anerkennt, begründet eine Besitzstufung. Ueber dem unmittelbaren Besitzer steht ebenfalls als vom Gesetz anerkannter Besitzer der mittelbare Besitzer. Was die Begriffsbildung anlangt, so ist heute zur Bezeichnung des unmittelbaren Besitzers der

Ausdruck „Besitzmittler" am geläufigsten,[67]) aber auch die Bezeichnung „Oberbesitzer" für den mittelbaren und „Unterbesitzer" für den unmittelbaren Besitzer ist gebräuchlich.[68])

Hervorzuheben ist bei dieser Gelegenheit, daß unter die Fälle dieses abgestuften Besitzes (Oberbesitz—Unterbesitz) die eigenartige Einrichtung der Besitzdienerschaft nicht zu rechnen ist. § 855 BGB sagt: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer". — Für diese Art des „Innehabens" hat sich in Wissenschaft und Praxis in Ermangelung einer Begriffsbestimmung durch das Gesetz der Ausdruck Besitzdiener eingebürgert. Als Wesensmerkmale für den Besitzdiener sind die Gewaltausübung für einen anderen und das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses, gleichgültig welcher Art und auf welche Zeit, zu bezeichnen. Ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis besteht zwar auch zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer, aber in diesem Falle sind beide selbständige Besitzer, während der Besitzdiener kein Besitzer ist und unselbständig den Weisungen seines Herrn folgen muß. Außerdem unterscheidet sich der Besitzdiener von dem Besitzmittler dadurch, daß jener immer nur für einen anderen die Gewalt ausüben kann, und daß dieser die Gewalt, die hier Ausfluß wirklichen Besitzes ist, sowohl für sich als auch für andere ausüben kann (z. B. der Verwahrer, der Pächter), und zwar durchaus selbständig. Besitzdiener ist also der Fabrikarbeiter bezüglich der ihm anvertrauten Geräte, die Hausangestellte bezüglich der ihrer Herrschaft gehörigen Sachen, soweit sie darüber Gewalt ausübt, der Soldat bezüglich der ihm zugewiesenen Uniform.[69])

Diese Einteilung des Besitzes in Sachbesitz, Rechtsbesitz, Eigenbesitz, Fremdbesitz, Mitbesitz und Teilbesitz ist nicht allein bei dem Verkehrsbesitz gebräuchlich, sie findet auch bei dem mittelbaren Besitz ihre Anwendung.[70])

§ 6.

Die Entstehung des mittelbaren Besitzes.

Gemäß § 868 BGB hat der mittelbare Besitz eine doppelte Voraussetzung. Einmal muß neben dem mittelbaren

[67]) Bekker S. 26; Staudinger zu § 868 I, 1c; M. Wolff § 8 pr.; Rosenberg zu § 868 I, 2; Endemann § 30,4; vgl. auch Biermann zu § 868,2 („vermittelnder Besitzer").

[68]) s. z. B. Cosack § 9 I; Wolff § 8.

[69]) s. M. Wolff § 6; Staudinger zu § 855; Planck zu § 855.

[70]) s. Rosenberg zu § 868 III, 3; Gierke, Gutachten S. 35.

Besitzer ein anderer als unmittelbarer Besitzer i. S. des § 854 stehen. Es müssen also bei dem Institut des mittelbaren Besitzes mindestens zwei verschiedene Personen, ein unmittelbarer und mittelbarer Besitzer, beteiligt sein. Andererseits ist ein Verhältnis erforderlich, auf Grund dessen der Besitzmittler „einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist". Ob dieses Rechtsverhältnis als ein obligatorisches oder ein dingliches — letzteres infolge der Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache — entstanden ist, ist gleichgültig. Bezüglich dieser beiden Grundelemente des mittelbaren Besitzes herrscht in der Wissenschaft allgemein Einverständnis. Ein heftiger Streit besteht aber darüber, wie das geforderte Rechtsverhältnis geartet sein muß, welches seine Wesensmerkmale sind. Nicht genügt es schon zu sagen, daß der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnis besitzt, „vermöge dessen er auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist", kennzeichnet die Eigenart des Verhältnisses.[71]) Setzt doch der § 868 weiter voraus, daß dieses Verhältnis dem eines Nießbrauchers, Pfandgläubigers, Pächters, Mieters und Verwahrers ähnlich sein müsse. Im allgemeinen versteht man unter „Aehnlichkeit" nur die Uebereinstimmung mehrerer Merkmale von Sachen im Gegensatz zur Gleichheit. Man ist sich aber in der Lehre von dem mittelbaren Besitz gerade darüber nicht einig, worin das Hauptmerkmal für die Aehnlichkeit der einzelnen Verhältnisse besteht, eine Uneinigkeit, die allein auf die unbestimmte Formulierung des Gesetzes zurückzuführen ist. Die wichtigsten sich gegenüberstehenden Theorien dieser Art sollen im folgenden angeführt werden.

Nach Pudor[72]) sollen sich alle Beispielsfälle des § 868 auf das bestimmte Prinzip zurückführen lassen, „daß dem unmittelbaren Besitzer der Besitz vom mittelbaren Besitzer gewissermaßen ‚anvertraut' ist. Schon vor Pudor vertrat denselben Standpunkt Strohal.[73]) Letzterer führte aus: „Der mittelbare Besitz ist ein durch den Besitz vermittelter Besitz. Er beruht auf einem zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisse, vermöge dessen sich der Besitz des letzteren als ein ihm von dem ersteren auf Zeit anvertrauter darstellt".[74]) Diese vertretenen Ansichten sind aber abzulehnen, weil sie zu eng sind. Nach ihnen würde niemals die Möglichkeit bestehen, mittelbaren Besitz originär zu erwerben. Das dürfte aber nicht dem

---

[71]) so Isay S. 275.

[72]) Pudor, JW. 1905 S. 314.

[73]) Strohal, Sachbesitz S. 59.

[74]) ebenso auch Goldmann-Lilienthal § 1 Anm. 12; Turnau-Förster 2 zu § 168; Endemann § 31,1c.

Sinn des Gesetzes entsprechen und würde auch zu unliebsamen Folgerungen führen. Denn dann würde der Verpächter eines Landgutes immer nur mittelbarer Besitzer an den Sachen sein, die zur Zeit des Pachtvertragabschlusses vorhanden waren und übergeben wurden, beziehentlich der neuangeschafften Sachen würde er nicht die besonderen Besitzschutzmöglichkeiten des mittelbaren Besitzers haben; auch könnte er diese Sachen nicht ersitzen.[75]) Weiterhin würden die Fälle des gesetzlich und durch gerichtliche Einweisung entstandenen mittelbaren Besitzes nicht unter dieses Merkmal zu gliedern sein.

Leonhard[76]) will anstelle des Strohalschen Merkmals eines Anvertrauens des Besitzes die geforderte Aehnlichkeit darin erblicken, „daß der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben habe". Immer erwerbe der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens und immer bringe daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer.[77]) Indessen ist nach § 868 keinerlei Vermögensminderung des Besitzmittlers erforderlich. Andererseits führt die praktische Ausführung der Lehre Leonhards zu großen Schwierigkeiten bei der jedesmaligen Feststellung, ob der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer erlitten habe. Insbesondere ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß bei derartigen Besitzverhältnissen in sehr vielen Fällen kein Vermögensopfer des mittelbaren Besitzers festzustellen ist. So wird man in den Fällen der Verwahrung nicht von einem Vermögensopfer sprechen können (Beispiel: eine Dame gibt vor einer längeren Reise ihren kostbaren Schmuck einer Bank in Verwahrung).

Demgegenüber sieht Przibilla[78]) das entscheidende Kriterium des mittelbaren Besitzes allein in einem subjektiven Moment. Voraussetzung des mittelbaren Besitzes sei, daß jemand auf Grund eines von ihm anerkannten konkret bestimmten Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist, eine Sache in unmittelbarem Besitze habe. Von dem Willen des unmittelbaren Besitzers als Pfandgläubiger oder als Entleiher usw. zu besitzen, soll also das Bestehen des mittelbaren Besitzes abhängen. Auch dieser Anschauung ist entgegenzutreten. Das subjektive Moment allein als Wesensmerkmal herausschälen, kann keine Klarheit bringen. Denn dieses subjektive Moment würde bei der Entstehung

---

[75]) Vgl. Geißler, JW 1905 S. 521.

[76]) Leonhard, Vertretung S. 61 ff.

[77]) dieser Ansicht folgen Staudinger zu § 868 I, 2b; Reiß S. 80; Geisler JW. 05 S. 522; gegen sie besonders Isay S. 274.

[78]) Przibilla, JW. 1908 S. 397; Diss. S. 23 ff.; vgl. auch Planck zu § 868,4 b. ß

mittelbaren Besitzes durch Gesetz und Richterspruch fehlen.

Wendt[79]) nimmt hiergegen an, daß der Rückgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer („der Restitutionsanspruch") die Aehnlichkeit der Verhältnisse kennzeichne. Auch diese Auslegung ist abzulehnen. Das Bestehen eines Rückgabeanspruches kann nicht maßgebend sein. Ist es doch durchaus nicht nötig, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz von dem mittelbaren Besitzer erhalten hat. Das Hauptgewicht auf den Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler zu legen,[80]) vermag das Entscheidende dieser Frage nicht zu treffen. Nicht jeder Herausgabeanspruch erzeugt mittelbaren Besitz. Das zeigt sich besonders in den Fällen, in denen der Eigentümer, der seinen Besitz verloren hat, einen Herausgabeanspruch gegen den Dieb auf Grund seines Eigentums hat (§§ 985, 861 BGB).

Maßgebend ist vielmehr, daß ein abgeleiteter Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler besteht.[81]) Zwischen dem Verlierer und dem Finder besteht beispielsweise ein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB nicht, selbst dann nicht, wenn sie einander kennen.[82]) Nur ein solches Verhältnis ist maßgebend, das eine Besitzbeziehung zwischen den Parteien begründet. Freilich ist die hier vertretene Ansicht nicht so zu verstehen, daß jede einzelne Sache zuerst im Besitz des mittelbaren Besitzers gestanden haben muß. „Nötig ist nur Besitzrechtsableitung, nicht Besitzableitung".[83]) Ein Verhältnis des § 868 bei dem Gerichtsvollzieher, dem Sequester oder dem vom Gericht bestellten Verwahrer oder Verwalter anzunehmen, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Diese Personen „leiten" ihren Besitz zwar nicht von dem mittelbaren Besitzer ab, aber der Wille des mittelbaren Besitzers, ihnen den Besitz zu überlassen, wird durch Gesetz oder Richterspruch ersetzt.

Bei der Behandlung dieser Probleme kommt man auf die Frage, ob das in § 868 BGB bezeichnete Verhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer gültig sein muß, oder ob ein vermeintlich bestehendes Verhältnis genügt. Bruns[84]), Aravantinus,[85]) Bartels[86]) und Rosen-

[79]) Wendt, Arch. Ziv. Pr. 87 S. 45 ff.

[80]) s. Strohal S. 18; Gierke, Gutachten S. 33.

[81]) so auch M. Wolff § 8, I 1a; Goldmann-L. § 1 Anm. 12; ähnl. Rosenberg zu § 868 II, 2b; Staudinger zu § 868 I, 2b.

[82]) ebenso M. Wolff § 8 I, 1a; Studinger zu § 868 III, 2b; Goldmann-L. § 1 Anm. 12; Biermann zu § 868; Planck zu § 868 u. a. (herrsch. Lehre).

[83]) M. Wolff § 8 I, 1a.

[84]) S. 157.

[85]) S. 115 ff.

[86]) S. 659.

berg[87]) treten mit Entschiedenheit für die Bejahung der ersteren Frage, also für das Bestehen eines gültigen Rechtsverhältnisses ein.[88]) „Wie beim unmittelbaren Besitz die tatsächliche Gewalt wirklich vorhanden und nicht bloß eine Idee existieren darf, so muß auch hier das Besitzkorpus wirklich existieren, d. h. das Rechtsverhältnis von Mittler zu Herr muß gültig sein" sagt Bruns. Rosenberg meint, eine Auslegung, nach der das Gesetz kein wirkliches, sondern nur ein vermeintliches Rechtsverhältnis voraussetze, lasse sich deshalb nicht rechtfertigen, weil § 868 BGB ausdrücklich von einem Verhältnis spreche, vermöge dessen der unmittelbare Besitzer zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Weiterhin sei auch der Wille des unmittelbaren Besitzers für das Bestehen des mittelbaren Besitzes keine Voraussetzung, also auch unbeachtlich.

Der Wortlaut des § 868 BGB läßt sich zunächst zur Widerlegung dieser Ansichten und zur Begründung dafür, daß kein rechtsgültiges Verhältnis vorzuliegen braucht,[89]) daß ein Putativverhältnis der betreffenden Art genügt, anführen. Da dort von dem Besitz an einer Sache „als" Nießbraucher usw. gesprochen wird, ist die Ausdrucksweise des Gesetzes so zu verstehen, daß die betreffende Person nicht unbedingt Nießbraucher usw. sein muß, sondern daß es genügt, wenn sie den äußeren Schein eines Nießbrauchers usw. hat, wie ein Nießbraucher usw. besitzt. Weiterhin spricht gegen die abzulehnenden Ansichten, daß schon in den Entwürfen anerkannt wurde, daß ein vermeintliches Verhältnis der in § 868 BGB bezeichneten Art zur Begründung des mittelbaren Besitzes ausreiche.[90]) So wurde auch in den Protokollen[91]) festgelegt, es wäre beispielsweise nach richtiger Auffassung nicht ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen. Diese Ansicht zu vertreten hindert das Bestehen des § 870 BGB nicht.[92]) Wenn der § 870 voraussetzt, daß dem mittelbaren Besitzer immer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzmittler auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Verhält-

---

[87]) zu § 868 II, 2c S. 129.
[88]) Vgl. ferner Rohde XXI S. 14; Kreß S. 200.
[89]) Die Ansicht, daß das Rechtsverhältnis nicht rechtsgültig zu sein braucht, vertreten u. a. Staudinger zu § 868 II, 2; Goldmann-L. § 1 Anm. 13; Crome § 345; Planck zu § 868,3; Endemann § 32,2b; Przibilla JW. 08 S. 397; Diss. S. 26; RG. 94 S. 341 ff.; 98 S. 133.
[90]) Vgl. Prot. III S. 198; Mot. III S. 99.
[91]) Prot. IV S. 608.
[92]) so auch Staudinger zu § 868 II, 2; Planck zu § 868,3.

nisses gebühre, so ist darunter nur ein vermeintlicher Anspruch in den hier gedachten Fällen zu verstehen.

Begründet wird der mittelbare Besitz durch Schaffung eines Verhältnisses, wie es der § 868 BGB verlangt und dessen Voraussetzungen oben bereits dargelegt sind. Der mittelbare Besitz kann nun im Wege von vertraglichen Verhandlungen und auf Grund besonderer Gesetzesbestimmung entstehen.

Der einfachste Vorgang, mittels dessen mittelbarer Besitz durch Vertrag begründet werden kann, ist der, daß ein unmittelbarer Besitzer sich bei der Uebergabe der Sache an einen Dritten auf Zeit mittelbaren Besitz zurückbehält. Es entleiht z B. A. von seinem Freunde ein Buch oder er vermietet seine Jagdhütte an den Pächter B. Als Hingabe ist es auch zu betrachten, wenn dem Besitzmittler erlaubt wird, die Sache zu nehmen.[93]) Die Ueberlassung kann nicht nur, wie die obigen Beispiele gezeigt haben, im Interesse des Unternehmers, sondern auch im Interesse des Ueberlassenden, so bei Verwahrung, Bearbeitung, Transport u. a. erfolgen.

Die Entstehung mittelbaren Besitzes kann auch so vor sich gehen, daß der unmittelbare Besitzer Besitzmittler bleibt, aber einen Dritten zum mittelbaren Besitzer macht. Nach außen hin scheint die Besitzstellung dieselbe zu bleiben, aber der unmittelbare Besitzer besitzt jetzt nicht mehr auf Grund seines früheren Rechts, sondern auf Grund eines Verhältnisses i. S. des § 868 BGB. Verkauft z. B. jemand seinen Garten, pachtet ihn aber gleichzeitig wieder für einige Zeit von dem Käufer, so besitzt er jetzt den Garten nicht mehr als Eigentümer, sondern als Pächter. Diese Art der Besitzübertragung wird als Besitzkonstitut bezeichnet. Im Gesetz ist diese Uebertragungsart nicht besonders hervorgehoben sie wird aber in der Praxis aus Gründen der Verkehrserleichterung häufig angewandt. Sie entspricht der Eigentumsübertragung gemäß § 930 BGB (constitutum possessorium). Hervorzuheben ist hierbei, daß stets ein Besitzverhältnis der in § 868 BGB erforderten Art zwischen den Parteien vereinbart sein muß.[94]) Nicht dagegen ist die Gültigkeit des Verhältnisses aus den bereits oben erwähnten Gründen notwendig.[95])

Nicht nur auf Grund vertraglicher Bestimmungen kann mittelbarer Besitz begründet werden, auch bestehender mittel=

---

[93]) s. Przibilla, Diss. S. 30.
[94]) Vgl. hierzu Cosack § 10 I, 2.
[95]) s. u. a. Staudinger zu § 930,1b; Przibilla Diss. S. 42.

barer Besitz auf einen anderen übertragen werden.. Für diese Möglichkeit bildet § 870 BGB die Grundlage. Nach ihm heißt es: „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird". Regelmäßig wird es sich bei der Uebertragung des mittelbaren Besitzes in dieser Weise um die Abtretung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe der Sache handeln. Erforderlich ist für diese Besitzübertragung gemäß § 870 immer ein Vertrag zwischen dem alten und neuen mittelbaren Besitzer.[96]) Eine besondere Formvorschrift für diesen Vertrag besteht nicht, er kann ohne Mitwirkung und Kenntnis des Besitzmittlers geschlossen werden.[97]) Allerdings wird es immer praktisch sein, den unmittelbaren Besitzer von der Verschiebung des mittelbaren Besitzes in Kenntnis zu setzen. Hervorzuheben ist, daß nur in solchen Fällen mittelbarer Besitz übertragen werden kann, in denen der Abtretende wirklich mittelbaren Besitz hat. Die Abtretung des Herausgabeanspruchs allein kann keinen mittelbaren Besitz begründen. Wenn der bestohlene Eigentümer seinen Herausgabeanspruch gegen den Dieb an einen Dritten abtritt, so ist dieser kein mittelbarer Besitzer geworden. § 870 BGB unterscheidet sich gerade dadurch von § 931 BGB, daß bei ihm stets mittelbarer Besitz des Abtretenden vorausgesetzt wird.[98])

Für den Verkehr hat sich diese Möglichkeit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes als große Erleichterung erwiesen. Sie kann auch für den Erwerb dinglicher Rechte an einer Sache[99]) eine Grundlage sein.[100]) Die allgemeinen Grundsätze der §§ 398 ff BGB finden im übrigen bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs i. S. des § 870 BGB Anwendung.[101])

Das Verhältnis, das den unmittelbaren und mittelbaren Besitz vermittelt, wird auch durch Gesetzesbestimmungen begründet. Anstelle der Ableitung des Besitzes, des subjektiven Moments bei der Schaffung eines Besitzmittlungsverhältnisses, tritt Gesetzesvorschrift oder auf solcher beruhende gerichtliche Einweisung. So wird z. B. die Ehefrau, wenn der Ehemann kraft seines aus § 1373 BGB hergeleiteten Rechts die zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen in Besitz

---

[96]) so auch M. Wolff § 14 III, 2; Staudinger zu § 870; Rosenberg zu § 870 I, 3; Przibilla Diss. S. 49; Vgl. auch Cosack § 10,2.

[97]) RG. 52, 277; vgl. auch Staudinger zu § 870; RGRK. zu § 870; M. Wolff § 14 II, 1; Planck zu § 870, die sich auf die genannten Entscheidungen stützen.

[98]) so auch Staudinger zu § 870,2.

[99]) s. §§ 931, 934, 1032, 1205, 1207 BGB.

[100]) Staudinger zu § 870.

[101]) Strohal S. 92; RGRK. zu § 870.

nimmt, mittelbare Besitzerin. Durch die Inbesitznahme der Konkursmasse durch den Konkursverwalter gemäß § 117 KO wird der Gemeinschuldner mittelbarer Besitzer an ihr. Ebenso gestalten sich die Besitzverhältnisse zwischen Testamentsvollstrecker und Erben (vgl. § 2205 BGB).

Schwieriger liegen die Besitzverhältnisse, wenn ein Gerichtsvollzieher auf Grund eines Pfändungsbeschlusses bei dem Schuldner seines Auftraggebers eine Pfändung vornimmt. In einem solchen Falle ist immer zu beachten, ob er das Pfandobjekt selbst an sich nimmt, oder ob er es dem Schuldner im Besitz läßt. Bei der ersteren Möglichkeit bleibt der Schuldner unmittelbarer Besitzer, Gerichtsvollzieher und Gläubiger werden mittelbare Besitzer. Bei der anderen wird der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer, dann folgen Gläubiger und Schuldner als mittelbare Besitzer. Die genauere Stufenfolge wird weiter unten zu erörtern sein. Nicht nur neuer mittelbarer Besitz wird in dieser Weise begründet, sondern auch alter kann übertragen werden. Hier geht dann kraft Gesetzes der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler auf den neuen Berechtigten über, so z. B. durch Erbgang (§ 1922 BGB).[102]) Da in allen diesen Fällen neuer mittelbarer Besitz ohne Ableitung von einem übergeordneten Besitz begründet wird, kann man insoweit von einem originären Entstehen mittelbaren Besitzes sprechen.[103])

§ 7.

Wesen und Bedeutung des mittelbaren Besitzes.

Schon bei der Einführung des Begriffs „mittelbarer Besitz“ in das Bürgerliche Gesetzbuch durch die zweite Kommission herrschte unter den Kommissionsmitgliedern Uneinigkeit über sein Wesen.[104]) Noch heute stehen sich verschiedene Ansichten über das Wesen des mittelbaren Besitzes gegenüber. Die Kernfrage bei diesem Streit ist, ob der mittelbare Besitz lediglich eine Fiktion oder wirklicher Besitz ist.

Die Hauptvertreter der Ansicht, daß mittelbarer Besitz nur eine Fiktion sei, sind Wendt, Müller-Erzbach, Bartels und Biermann.[105])

Wendt[106]) lehnt die Besitznatur des mittelbaren Besitzes gänzlich ab. Nach ihm ist er kein Besitz, wie ihn andere Besitzer haben, sondern nur eine Fiktion, deren Kern das ei-

[102]) Vgl. Achilles-Greiff zu § 857,1; Cosack § 10, II, 2;
[103]) Endemann § 32,2b.
[104]) Vgl. Prot. III S. 219 ff.; IV S. 584 ff.
[105]) Vgl. auch Rohde XXI S. 7 und 41.
[106]) Wendt, Gutachten S. 5 ff.; Arch. Ziv. Pr. 87 S. 49.

nen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Rechtsverhältnis sei, und zu dessen Schutz ein subsidiäres Klagerecht gegeben sei, um verbotene Eigenmacht, welche gegen den wirklichen Besitzer verübt würde, auch vom Standpunkte des Eigentümers aus noch mit possessorischer Klage verfolgen zu können. Der römische Satz: ubi ego sedeo, tu sedere non potest und die darin liegende Verwerfung einer possessio in solidum behielte auch für das System des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Wahrheit. Die Billigung der Möglichkeit eines Doppelbesitzes würde nur dazu führen, Konflikte heraufzubeschwören, die unter Doppelbesitzern unvermeidlich seien. Die Grundlagen des Besitzrechts fließen aber nur einem Besitzer zu, sofern es sich nicht um Mitbesitz handele. Wenn daneben gewisse Fälle doch die Reflexwirkung des mittelbaren Besitzes erzeugten, so sei es nicht rationell, die Rechtsfolgen desselben über das unmittelbar gebotene Maß auszudehnen.

Müller-Erzbach[107]) sagt: schon die Fassung des § 868 BGB stelle außer Zweifel, daß nur die Fiktion eines Besitzverhältnisses gegeben sei. Denn dort werde gesagt, daß unter gewissen Voraussetzungen mittelbarer Besitz vorhanden sei, obwohl doch der Gesetzgeber offenbar nicht darüber bestimmen könne, daß in gewissen Fällen die tatsächliche Gewalt über eine Sache, die wir als Besitz ansprächen, gegeben sei und dem anderen nicht. Denn mit den Tatsachen müsse sich auch der Gesetzgeber abfinden. Ueber ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein Anordnungen zu geben, entzöge sich seiner Machtbefugnis, und wo er doch einen derartigen Versuch unternehme, da könne nichts anderes als eine Fiktion herauskommen. Auch zeige ein Blick auf den Inhalt des § 868, daß von einer tatsächlichen Herrschaft, von einem wirklichen Besitz nicht die Rede sein könne. Die herrschende Meinung — diese vertritt den Standpunkt, daß der mittelbare Besitz wirklich Besitz ist — suche im wesentlichen begrifflich-formalistisch die auffallende Erscheinung des mittelbaren Besitzes dadurch zu erklären, d. h. unter einen allgemeinen Gesichtspunkt zu bringen, daß sie unternimmt, durch Dehnung des Besitzbegriffs auch den mittelbaren Besitz zu einem wirklichen Besitz zu konstruieren. Das sei eine Selbsttäuschung, ein Operieren mit Worten. Man erkläre einfach zu Besitz, was Besitz sein solle.

Bartels[108]) führt aus: durch § 868 BGB sei eine ganz neugeartete compossessio eingeführt worden. Der mittelbare Besitz sei lediglich eine Rechtsfiktion, die sich mit dem kausalen Rechtsverhältnis, worin der mittelbare Besitzer zu dem

---

[107]) Müller-Erzbach S. 364, 366.
[108]) Bartels S. 652.

unmittelbaren Besitzer steht, verknüpfe. Da die Rechte des mittelbaren Besitzers nur auf einer Fiktion beruhten, fehle dem mittelbaren Besitzer, auf die Sache gesehen, um die es sich handele, die tatsächliche Gewalt.

Biermann[109]) stützt seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des § 868 BGB. Seine Begründung fußt auf den Ausführungen, die sich aus den Protokollen[110]) der zweiten Kommission ergeben. Dort wird ausgeführt, es könne nicht anerkannt werden, daß der mittelbare Besitz als ein wirkliches Besitzverhältnis anzusehen sei. Allerdings habe die Kommission beschlossen, in einigen Beziehungen den mittelbaren Besitz wie einen wirklichen Besitz zu behandeln. Aber diese Vorschriften seien rein positive und es könne aus ihnen ein zwingender Schluß auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden.

Gegen diese Ansichten wendet sich mit Recht die herrschende Lehre.[111]) Sie sieht in dem mittelbaren Besitz — wie schon angedeutet — einen wirklichen Besitz. Dieser Standpunkt ist auch richtig.

Allein schon der Wortlaut des § 868 BGB steht mit dem Standpunkt von Wendt usw. in Widerspruch. Heißt es doch dort „so ist der andere Besitzer". Nirgends ergibt sich ein Hinweis aus dem man schließen könnte, daß der mittelbare Besitz als Fiktion aufzufassen sei. In dem Wort „auch" in § 868 liegt die „volle Einordnung des mittelbaren Besitzes in die Kategorie des Besitzes".[112]) Wäre es anders, so würde immer zweifelhaft bleiben, warum § 869 BGB dem mittelbaren Besitzer Besitzschutz gibt. Gerade diese Bestimmung verleiht ihm wirkliche Besitzschutzansprüche aus den §§ 861 und 862 BGB. Zur Bestärkung der hier vertretenen Ansicht sei auch darauf hingewiesen, daß im Prozeß der mittelbare Besitzer als solcher gemäß § 76 ZPO in Anspruch genommen werden kann.[113]) Diese Auslegungsart des mittelbaren Besitzes begrifflich-formalistisch zu bezeichnen, wie es Müller-Erzbach[114]) tut, entbehrt stichhaltiger Begründung, zumal das Gesetz den mittelbaren Besitzer „auch" Besitzer nennt. Den Besitzcharakter des mittelbaren Besitzes deshalb zu leugnen, weil ihm die tatsächliche Gewalt fehle, kann man gegen die bestehenden Bestimmungen nicht. Au-

---

[109]) Biermann zu § 868,1b.

[110]) Prot. III S. 332.

114; RGRK. § 868 bei 1; Staudinger zu § 868 IVa; Planck zu § 868,7; M. Wolff § 8, III; Leonhard S. 70 ff.; Rosenberg zu § 868, III,2; RGRK. zu § 868,1; Kretzschmar zu § 868,4.

[112]) Gierke, Gutachten S. 36; vgl. hierzu auch Hofmeister S. 11.

[113]) RGRK. zu § 868,1.

[114]) Müller-Erzbach S. 366.

ßerdem geht es zu weit, anzunehmen, der mittelbare Besitz ermangele der tatsächlichen Gewalt. Allerdings kann man auch nicht sagen, der mittelbare Besitz sei ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt,[115]) denn sonst würde es schon in § 854 BGB geregelt sein. Vielmehr hat der mittelbare Besitzer in der Regel ein echtes wenn auch vergeistigtes Sachherrschaftsverhältnis,[116]) d. h. der mittelbare Besitzer hat regelmäßig seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache keineswegs aufgegeben, er ist bloß auf Zeit bezüglich seines Besitzes auf Grund eines Verhältnisses i. S. des § 868 durch den Besitzmittler zurückgedrängt. Seine Verknüpfung mit der Sache hat sich gewissermaßen nur gelockert. Die Verkehrsauffassung steht dem auch nicht entgegen. Sie erachtet beispielsweise Sachen, die vermietet, verpachtet, verliehen, verpfändet sind, als noch zum Vermögen des Vermieters, Verpächters, Verleihers, Pfandgebers gehörend.[117])

Abwegig ist es auch, wenn die gegnerische Meinung (Biermann) auf die Ausführungen über den mittelbaren Besitz in den Protokollen gestützt wird. Diese Ausführungen sind bei der Betrachtung über die Entstehung der Gesetzesbestimmung wichtig und interessant, aber eine entscheidende Bedeutung kann man ihnen in unserer Frage nicht beilegen.[118]) Sie enthalten nur Anschauungen, die bei der Gesetzesberatung eine Rolle gespielt haben mögen, im Gesetzbuch sind sie jedoch nicht zum Ausdruck gekommen.[119])

Die praktische Bedeutung des mittelbaren Besitzes liegt darin, daß die Rechtsfolgen, die nach dem Gesetz mit dem Besitz verbunden sind, nicht nur für den unmittelbaren Besitzer, sondern auch für den mittelbaren Besitzer bestehen, soweit nicht das Gesetz anderes bestimmt.[120]) In den meisten Vorschriften des Gesetzbuches, in denen vom Besitz gesprochen wird, ist unzweifelhaft der mittelbare Besitz mitgemeint, so z. B. in den §§ 851, 900, 927, 929 Satz 2, 930, 931, 937, 1007 BGB. Andererseits fehlen nicht solche Bestimmungen, aus deren Zusammenhang oder Auslegung hervorgeht, daß der mittelbare Besitz nicht einbegriffen ist. So wird z. B. beim Abhandenkommen einer Sache stets der Verlust des unmittelbaren Besitzes vorausgesetzt (§§ 935 1007).[121])

---

115) Rosenberg zu § 868 III,2.

116) M. Wolff § 8, III; ebenso u. a. Staudinger zu § 868 IV,a; Planck zu § 868,7; Gierke, Gutachten S. 32; Leonhard S. 70; Rosenberg zu § 868 III,2; Hofmeister S. 13.

117) Rosenberg zu § 868 III,2.

118) Planck zu § 868,7.

119) Gierke, Gutachten S. 35.

120) Staudinger zu § 868, I; M. Wolff § 8, III; Kretzschmar zu § 868,4.

121) M. Wolff § 8, III.

§ 8.

Die Stufung des mittelbaren Besitzes und seine Bedeutung.

Was ist unter Stufung des mittelbaren Besitzes zu verstehen?

Infolge der gesetzlichen Gegenüberstellung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz kann man schon wegen des inneren Verhältnisses der beiden Besitzarten zueinander von einer Stufung des Besitzes sprechen. Aber nicht nur ein mittelbarer Besitzer allein kann über dem unmittelbaren Besitzer stehen. § 871 BGB gibt die Möglichkeit, daß mehrere von einander abhängige mittelbare Besitzer einem Besitzmittler übergeordnet sind. „Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer". Der mittelbare Besitzer kann sich also unter Beibehaltung seiner Besitzerstellung einem neuen mittelbaren Besitzer untergeordnet haben. Er kann aber auch zwischen sich und dem Besitzmittler einen von ihm abhängigen mittelbaren Besitzer eingeschaltet haben. Zur Unterscheidung der mittelbaren Besitzer untereinander werden verschiedene Bezeichnungen benutzt. Strohal[122]) nennt sie mittelbare Besitzer „ersten, zweiten, dritten Grades" usw. M. Wolff[123]) spricht von mittelbaren Besitzern „erster, zweiter, dritter Stufe" usw. Beide Bezeichnungen werden auch sonst in der Literatur gebraucht. Letzterer ist aber der Vorzug zu geben. Sie veranschaulicht am besten die Besitzstellungen, man hat hier immer im Geist eine „Besitzleiter" mit ihren verschiedenen Sprossen vor Augen. Das zeigt folgendes Beispiel.

Verleihe ich ein Buch an einen Freund, so wird der Freund unmittelbarer Besitzer und ich werde mittelbarer Besitzer erster Stufe (steige gewissermaßen auf die erste Stufe der Leiter). Verleiht der Freund das Buch an einen Dritten weiter, dann wird dieser mittelbarer Besitzer erster und ich mittelbarer Besitzer zweiter Stufe. Ich werde also ohne weiteres die Besitzleiter hinaufgeschoben. Ich stehe über dem mittelbaren Besitzer erster Stufe und dem Besitzmittler. Damit wird gleichzeitig gekennzeichnet, daß mein Ueberordnungsverhältnis sich nicht geändert hat.

Die Möglichkeiten einer Stufenfolge von mittelbaren Besitzern ist also durch die Vorschrift des § 871 BGB selbst

---

[122]) Strohal S. 28.
[123]) Wolff § 8, II.

gegeben.[124]) Grundlage für das Entstehen der einzelnen Besitzstufen ist die Begründung eines gleichen Verhältnisses i. S. des § 868, wie es schon beim Entstehen mittelbaren Besitzes überhaupt erforderlich ist. Wie dieses Verhältnis geartet sein muß, ist bereits erörtert worden. Immer muß der mittelbare Besitzer höherer Stufe einen Herausgabeanspruch[125]) gegen den mittelbaren Besitzer der nächstniedrigen Stufe haben.[126])

Wie es für die Schaffung mittelbaren Besitzes verschiedene Möglichkeiten gibt, so sind sie auch für das Entstehen einer Stufenleiter mittelbarer Besitzer vorhanden. Allerdings gibt es hier nur drei Wege.[127])

Einmal kann der unmittelbare Besitzer sich einem Dritten unterordnen, und zwar, indem er mit dem Dritten in der Weise ein Besitzverhältnis i. S. des § 868 begründet, daß der Dritte unmittelbarer Besitzer wird. Er wird dann mittelbarer Besitzer erster Stufe, während der mittelbare Besitzer, dessen Besitzmittler er war, mittelbarer Besitzer zweiter Stufe wird. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der Mieter einer Wohnung ein Zimmer abvermietet. Bei diesen Fällen ist es gleichgültig, ob der Besitzmittler zur Uebertragung seines unmittelbaren Besitzes befugt ist oder nicht.[128])

Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß der mittelbare Besitzer durch Eingehen in ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art sich unter Beibehaltung seiner Besitzerstellung einem neuen mittelbaren Besitzer unterordnet. Besteht ein einfaches Besitzmittlungsverhältnis, dann bleibt er mittelbarer Besitzer erster Stufe. Der neue mittelbare Besitzer wird ein solcher zweiter Stufe. Dieser Weg wird begangen, wenn z. B. ein Hauseigentümer, der einen Untermieter bei sich wohnen hat, sein Haus verkauft, aber Mieter desselben bleibt.

Schließlich kann eine Stufenfolge mittelbarer Besitzer dadurch entstehen, daß ein mittelbarer Besitzer zwischen sich und den unmittelbaren Besitzer einen neuen mittelbaren Besitzer schiebt. Dies muß dann in der Weise geschehen, daß der alte mittelbare Besitzer seinen Herausgabeanspruch abtritt, aber dem neuen mittelbaren Besitzer gleichzeitig wie-

---

124) So auch die herrsch. Lehre, u. a. Strohal S. 28; Staudinger zu § 871; zu § 868,II,1b; RGRK. zu § 871; M. Wolff § 8, II; Rosenberg zu § 871; Bekker S. 47.

125) Auf das Wesen dieses Herausgabeanspruchs ist bereits in § 6 hingewiesen worden. Jeder beliebige Herausgabeanspruch genügt nicht.

126) Rosenberg zu § 871.

127) Rosenberg zu § 871.

128) Rosenberg zu § 871.

der zur Herausgabe an sich verpflichtet. In diesem Falle rückt der alte mittelbare Besitzer die Besitzleiter hinauf, er steht eine Stufe über dem neuen mittelbaren Besitzer. Die Möglichkeit einer Schaffung mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ist, wie bereits früher ausgeführt wurde, auf die Vorschrift des § 870 BGB zurückzuführen. Ein Beispiel für den letzten Weg finden wir in § 1205 Abs. 2 BGB.[129]) Ein Eigentümer verpfändet eine in seinem Besitz stehende Sache in der Weise, daß er den Herausgabeanspruch auf den Pfandgläubiger überträgt und den Mittler hiervon in Kenntnis setzt. Der Pfandgläubiger wird dann mittelbarer Besitzer erster, der Eigentümer mittelbarer Besitzer zweiter Stufe.

Eine Besitzstufe kann sich auf die andere aufbauen. Ohne irgendwelche Begrenzung vermag sich die Stufenfolge fortzusetzen. In der Praxis wird sie sich allerdings immer auf wenige Stufen beschränken, allein schon um die Beziehung des mittelbaren Besitzers zum unmittelbaren Besitzer nicht zu locker werden zu lassen.

Gegen die verschiedenen Entstehungsmöglichkeiten einer Stufenfolge mittelbaren Besitzes wendet sich Kreß.[130]) Er erkennt nur die Möglichkeit an, daß der Besitzmittler die Sache unter Vereinbarung eines unter § 868 BGB fallenden Rechtsverhältnisses weitergibt. Wer den mittelbaren Besitz auf einen anderen übertrüge, verlöre seinerseits die Rechtsstellung eines Besitzers. Nach dem historischen Werdegang und dem Sinn des § 868 sei sicher, daß mittelbarer Besitz nur als Verkehrsbesitz abgeleitet, nämlich lediglich bei Abgabe des Verkehrsbesitzes zurückbehalten werden könne. Der § 871 sage nur, daß der mittelbare Besitzer seine Rechtsstellung nicht verlöre, wenn der unmittelbare Besitzer den Verkehrsbesitz unter Begründung eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 868 abgebe und demzufolge seinerseits den mittelbaren Besitz zurückbehielte. Die Bestimmung des § 871 BGB wolle trotz ihres weiten Wortlauts nicht zulassen, daß der mittelbare Besitzer weitere mittelbare Besitzer über sich stellen könne, ein solcher Satz fände in dem geschichtlichen Werdegang unserer Besitzlehre nicht den mindesten Anhaltspunkt und würde zu absurden Folgen führen.

Diese Ansicht von Kreß ist abzulehnen. Wenn Kreß einen historischen Vorgang dafür vermißt, daß der mittelbare Besitzer einen anderen über sich stelle, so ist dem entgegenzuhalten, daß der mittelbare Besitz eine Neuschöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist.[131]) Im übrigen ist für eine der-

---

[129]) Rosenberg zu § 871.
[130]) Kreß S. 211/212.
[131]) Rohde XXIII S. 77.

artig enge Auslegung des in seiner Fassung allgemein gehaltenen § 871 BGB, wie sie Kreß verlangt, kein Anhaltspunkt vorhanden.

Bei einzelnen Stufenfolgen kann es nun vorkommen, daß ein Besitzer auf verschiedenen Stufen der Besitzleiter steht. Kauft z. B. der Untermieter eines möblierten Zimmers das Haus, in dem er wohnt, so bleibt er unmittelbarer Fremdbesitzer, wird aber gleichzeitig zweitstufiger mittelbarer Besitzer über dem Vermieter als mittelbarem Besitzer der ersten Stufe. Wenn ein pfändender Gerichtsvollzieher z. B. die Pfandsache im Besitz des Vollstreckungsschuldners beläßt, entsteht folgende Stufung: der Schuldner bleibt unmittelbarer Besitzer, aber nunmehr als Verwahrer unmittelbarer Fremdbesitzer. Der Gerichtsvollzieher wird erststufiger, der Gläubiger zweitstufiger mittelbarer Besitzer, und der Schuldner als Eigenbesitzer drittstufiger mittelbarer Besitzer.[132])

Die höchste Stufe einer Stufenfolge mittelbarer Besitzer hat immer der Eigenbesitzer inne. Ueber ihm kann kein Besitzmittler mehr stehen. Deshalb kann die Eigentumsvermutung nach § 1006 Abs. 3 BGB auch nur für den mittelbaren Besitzer der höchsten Stufe einer Besitzleiter gelten.[133]) Ebenso tritt eine Ersitzung nur zu Gunsten des mittelbaren Besitzes höchster Stufe, des Eigenbesitzers, ein.

Nach § 871 BGB sind die unmittelbaren Besitzer entfernterer Stufen dem einfachen mittelbaren Besitzer gleichgestellt. Alle Wirkungen, die dem mittelbaren Besitzer zukommen, treffen auch auf den mittelbaren Besitzer entfernterer Stufen zu.[134]) Wie der einfache mittelbare Besitzer „auch“ als Besitzer gilt, gelten es demnach auch die mittelbaren Besitzer höherer Stufen.

§ 9.

Die Spaltung des mittelbaren Besitzes.

Von der Stufung des mittelbaren Besitzes ist der Zustand zu scheiden, der dann eintritt, wenn ein unmittelbarer Besitzer Besitzmittler verschiedener Personen aus verschiedenen nicht voneinander abhängenden Verhältnissen in dem Sinne ist, wie ihn § 868 BGB für das Bestehen eines Besitzvermittlungsverhältnisses voraussetzt. Ein solcher Fall würde z. B. vorliegen, wenn der Verwahrer von in seinem

---

132) M. Wolff § 8. II; vgl. auch Kniep S. 167.
133) Rosenberg zu § 871, II.
134) Rosenberg zu § 871, II.

Speicher eingelagerten Waren des A. nunmehr ohne Wissen des A. auch für einen Dritten B. dieselben Waren nach vorheriger Vereinbarung verwahrt. M. Wolff[135]) bezeichnet diese mittelbaren Besitzer als „Nebenbesitzer". Diese Bezeichnung ist aber wenig glücklich und geeignet, Verwechslungen herbeizuführen. Manigk hat für diese Möglichkeit den treffenden Ausdruck „Besitzspaltung" geprägt.[136]) Bei den verschiedenen Arten und Möglichkeiten des Besitzes werden durch die Anwendung dieses Begriffs die Besitzverhältnisse am klarsten und eindeutig gekennzeichnet. Besitzspaltung paßt im übrigen auch am besten zu dem Bild der Besitzleiter. Wenn der unmittelbare Besitzer Besitzmittler zweier verschiedener Personen aus verschiedenen nicht voneinander abhängenden Rechtsverhältnissen ist, dann stehen die beiden mittelbaren Besitzer weder auf einer noch auf verschiedenen Stufen einer Besitzleiter, sondern auf zwei verschiedenen Besitzleitern. Diese stehen zwar auf demselben unmittelbaren Besitz, sind aber schon bei der ersten Stufe auseinandergespalten.

Die Möglichkeit einer Besitzspaltung, die allein und mit Recht von Manigk,[137]) M. Wolff[138]) und Dölle [139]) anerkannt wird, leugnet das Reichsgericht.[140]) Zu der Besitzspaltung überhaupt führt es deshalb aus:[141])

Ueberall, wo im Bürgerlichen Gesetzbuch vom Besitz die Rede sei, würde mit bestimmten Artikeln von „dem Besitz" gesprochen, nicht etwa von „einem" Besitzverhältnis. Schon dadurch würde deutlich bezeugt, daß sich das Gesetz den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vorstelle, nicht anders, wie es beim Eigentum der Fall sei (§ 903 BGB). Gäbe es an einer Sache nur den Besitz, also einen Besitz, so könne es auch nur einen Besitzer geben. Dieser Satz würde aus Ausfluß des § 854 BGB allgemein gelten, wenn nicht in dem durch diesen Paragraphen eingeleiteten Abschnitt gewisse Sondervorschriften getroffen wären. So sähe § 866 BGB den Fall des gemeinschaftlichen Mitbesitzers mehrerer Personen vor. In § 868 würde dann bestimmt, daß bei dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses der dort angegebenen Art auch der andere Besitzer sein solle. Endlich wäre im § 871 BGB die Möglichkeit eröffnet, daß in weiterer, auf dieselbe Wurzel zurückgehender Staffelung auch noch andere mittel=

---

[135]) M. Wolff § 8, II.
[136]) JW. 1928 S. 399 Anm. zu Nr. 3.
[137]) JW. 1928 S. 398 ff. Anm. zu Nr. 3.
[138]) M. Wolff § 8, II.
[139]) Dölle JW. 1932 S. 1212 ff. Anm. zu Nr. 13 u. S. 3763 zu
[140]) Entsch. in JW. 1928 S. 398 ff.: Nr. 3 (= RG. 119, 153 ff.); 1932 S. 1212 ff. Nr. 13; 1932, 3763 ff. Nr. 4; 1933 S. 1997 Nr. 2.
[141]) in JW. 1932 S. 1213/1214.

bare Besitzer sein könnten. Damit sei aber der Kreis der Personen geschlossen, die am Besitz einer einheitlichen Sache beteiligt sein könnten. Denn die Schaffung anderer rechtlicher Gestalten im Wege der Vereinbarung sei nach den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts unstatthaft. Die mehreren Besitzer müßten entweder durch das Band einer gemeinschaftlichen rechtlichen Beziehung aneinander gekettet sein (Mitbesitz) oder ihre Beteiligung müsse auf einem Verhältnis der in § 868 BGB gedachten Art aufgebaut sein (mittelbarer Besitz). Dagegen sei der Gedanke, daß durch mehrere voneinander unabhängige Besitzvermittlungsverhältnisse mehrere Personen nebeneinander durch Verbindung mit demselben Besitzmittler einen „gleichstufigen" mittelbaren Besitz an einer Sache erlangen und behaupten könnten, dem Gesetz offenbar fremd. Es kenne nur einen mittelbaren Besitz und drücke sich auch hier dementsprechend aus. (§§ 869, 871: der mitelbare Besitzer; § 870: der mittelbare Besitz). Namentlich die Wortfassung des § 870 sei bezeichnend: hätte man die Möglichkeit mehrerer Besitzverhältnisse aus gesonderten Beziehungen zu demselben Besitzmittler berücksichtigen wollen, so wäre anstelle von „Der mittelbare Besitz" der Ausdruck: „Ein mittelbares Besitzverhältnis" am Platze gewesen. Aber auch innere Gründe sprächen dafür, daß Einheitlichkeit und Ausschließlichkeit in dem dargelegten Sinne für den mittelbaren Besitz gefordert werden müßten. Wenn es auch dem unmittelbaren Besitzer freistehe, von sich aus ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen, so könne ihm doch nicht die Befugnis zuerkannt werden, die dadurch eintretenden Rechtsfolgen von sich aus zu bestimmen und dabei in die grundsätzliche Ausschließlichkeit des Besitzes einzugreifen. Stände es in seinem Belieben, mehrere nebeneinander herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen zu begründen, so würde dadurch unzweifelhaft große Rechtsunsicherheit erzeugt. Es wäre z. B. ganz unklar, welchem der mittelbare Besitzer die in § 1006 BGB geordnete Eigentumsvermutung zugute kommen sollte.[142])

Diese Ansicht des Reichsgerichts ist aber abzulehnen. Die Begründung derselben ist im einzelnen anfechtbar und ihr Ergebnis unbefriedigend. Soweit sie aus der Wortfassung des Gesetzbuches, und zwar in rein „philologischer Auslegungsart"[143]) gefolgert wird, kann die Begründung nicht überzeugen. Das Gesetz bedient sich auch sonst bei der Normierung eines Rechtsinstituts des bestimmten Artikels, ohne daß damit die Rechtszuständigkeit mehrerer Subjekte ausge-

---

[142]) Vgl. hierzu auch Herschel Anm. 2 zu JW. 1933, S. 1998.
[143]) M. Wolff Anm. 26a zu § 8.

schlossen sein sollte.[144]) Im ürbigen ist bei der Auslegung zu bedenken, daß bei der Abfassung der Gesetzesbestimmungen unmöglich an alle Möglichkeiten von Besitzstellungen, die sich nach der Einführung des neuen Instituts des mittelbaren Besitzes noch aus dem Verkehrsleben entwickeln konnten, gedacht wurde. Man kann hier nicht durch rein formale Wortauslegung Schwierigkeiten, die entstanden sind, aus dem Wege gehen. Wie sich schon oft gezeigt hat, ist es bei Wandlungen von Verkehrsansichten, bei Neubildungen von Geschäftsarten unmöglich, ohne gesunde Auslegung des oft allzu starr gefaßten Gesetzeswortlautes Recht zu sprechen. Auch die inneren Gründe, die das Reichsgericht gegen die Möglichkeit einer Besitzspaltung vorbringt, sind nicht überzeugend. Mit demselben Recht könnte man dann sagen, daß auch bei einer größeren Stufenfolge mittelbarer Besitzer, die doch gerade auf Grund der Bestimmung des § 871 BGB möglich ist, eine Rechtsunsicherheit eintreten würde. Aber das geht zu weit.

Die Rechtsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB könnte man allerdings gegen die Besitzspaltung anführen, und zwar mit der Begründung, daß man keine Anhaltspunkte dafür habe, wem von den mehreren mittelbaren Besitzern in diesem Falle die Rechtsvermutung zugute kommen sollte. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Rechtsvermutung erst dann Bedeutung hat, wenn sich darauf in einem Prozeß Dritten gegenüber berufen wird. Liegt eine Besitzspaltung vor, dann würde die Vermutung des § 1006 Abs. 3 Dritten gegenüber zu Gunsten des mittelbaren Besitzers durchgreifen, der Gelegenheit hat, sich in einem Verfahren darauf zu berufen. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die zeitliche Folge des Besitzstandes eine gewisse Ordnung in die Beziehungen der Besitzer zueinander bringt.[145]) Die Ansicht des Reichsgerichts führt auch bezüglich seiner praktischen Auswirkungen zu wenig befriedigenden Ergebnissen. Dies wird sich in dem Abschnitt über den Verlust mittelbaren Besitzes zeigen.

Bei der Besitzspaltung besteht also eine Mehrheit von mittelbaren Besitzpositionen, die jedesmal auf selbständigem Rechtstitel beruhen.[146])

Entstehen kann eine Besitzspaltung infolge der Begründung eines Besitzvermitlungsverhältnisses i. S. des § 868 BGB durch den Besitzmittler mit einem Dritten in der Weise, daß der Besitzmittler selbst unmittelbarer Besitzer bleibt und das Verhältnis ohne Rücksicht auf das schon bestehende Besitzvermittlungsverhältnis bezw. ohne Zustim-

---

[144]) Dölle Anm. 13 in JW. 1932 S. 1212.
[145]) Dölle Anm. zu Nr. 13 in JW. 1932 S. 1212.
[146]) Manigk in JW. 1928 S. 399 Anm. zu 3.

mung seines alten Oberbesitzers begründet. Diese Entstehungsart ist auch insofern abweichend denkbar, als der unmittelbare Besitzer auf Grund irriger Annahme Mittler eines Dritten wird. Nicht zu verwechseln mit den Fällen der Besitzspaltung sind diejenigen, in welchen ein Besitzmittler zwei oder mehreren mittelbaren Mitbesitzern untergeordnet ist. Hier bilden die Mitbesitzer eine Einheit. Sie stehen wie ein einzelner mittelbarer Besitzer auf gleicher Stufe einer Besitzleiter, so z. B. eine Miterbengemeinschaft gegenüber dem Testamentsvollstrecker.

§ 10.

Verlust des mittelbaren Besitzes.

Für die Behandlung der Frage, wann der Untergang mittelbaren Besitzes eintritt, sind die Ausführungen über die Entstehung mittelbaren Besitzes von nicht geringer Bedeutung. Hat sich doch aus ihnen ergeben, welches die Wesensmerkmale, die Voraussetzungen für das Vorhandensein mittelbaren Besitzes sind, und welche Entstehungsmöglichkeiten vorhanden sind. Wie es verschiedene Möglichkeiten für das Entstehen mittelbaren Besitzes gibt, kann auch der Verlust mittelbaren Besitzes in mannigfacher Weise eintreten.

Keiner Frage bedarf es bei dem Untergang der Sache. Hier endigt selbstverständlich der mittelbare Besitz ebenso wie der unmittelbare. Verbrennt z. B. dem B. ein von A. entliehener Erntewagen, so geht der mittelbare Besitz des A. und der unmittelbare des B. unter. Eine Beschädigung oder Minderung der Sache hat dagegen keinen Verlust bestehender Besitzpositionen zur Folge. Allerdings wird der Besitz insofern geschmälert, als er sich nur auf den verbleibenden Rest der Sache erstreckt.[147])

Der mittelbare Besitz endigt weiterhin, wenn dem Besitzmittler der unmittelbare Besitz abhanden kommt, d. h. wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz wider seinen Willen verliert.[148]) Der Entleiher eines Kompasses verliert denselben bei einem Spaziergang im Wald. Ein von A. dem B. in Verwahrung gegebener Kanarienvogel entfliegt dem B. Bei diesen Fällen ist es wesentlich, daß die Sache dem Herrschaftsbereich des unmittelbaren Besitzers entfallen sein muß. Der unmittelbare Besitzer darf nicht mehr in der Lage sein, Gewalt über die Sache auszuüben. Eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung

---

147) Vgl. Przibilla, Diss. S. 73.
148) Vgl. § 935 Abs. 1 Satz 2.

der Gewalt beendigt den Besitz nicht.[149]) Der Verpächter eines Gartens verliert beispielsweise seine Besitzstellung nicht, wenn der Garten infolge eines Unwetters vorübergehend überschwemmt ist und ihn der Pächter deshalb nicht betreten kann.

Einen Satz aufzustellen, daß der mittelbare Besitz nicht mehr fortbestehe, wenn der Besitzmittler aufhöre, unmittelbarer Besitzer zu sein, geht in dieser allgemeinen uneingeschränkten Form nicht an. Der mittelbare Besitz bleibt bestehen, wenn nur ein Wechsel in der Person des unmittelbaren Besitzers eingetreten ist. So geht eine auf Transport befindliche Ware von einer Hand in die andere, ohne daß hierdurch der mittelbare Besitz des Absenders beeinträchtigt würde.[150]) Auch tritt ein Verlust mittelbaren Besitzes dann nicht ein, wenn der unmittelbare Besitzer dadurch aufhört, Besitzmittler zu sein, daß er einem Dritten seinen unmittelbaren Besitz überträgt durch Begründung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB und somit selbst mittelbaren Besitz zurückbehält (§ 871 BGB). Dies behält auch dann seine Gültigkeit, wenn der Besitzmittler seinen Besitz gegen den Willen des ihm übergeordneten mittelbaren Besitzers weiterbegibt.[151])

Der mittelbare Besitz geht auch dann unter, wenn der mittelbare Besitzer seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache gemäß § 870 BGB einem Dritten abtritt. Allerdings tritt in solchem Falle neuer mittelbarer Besitz des Dritten an seine Stelle. Bei dieser Art des Verlustes mittelbaren Besitzes ist auch der Fall des Eigentumserwerbs auf Grund der Bestimmung des § 934 BGB anzuführen. Der veräußernde mittelbare Besitzer verliert durch die Abtretung seines Anspruchs auf Herausgabe seinen Besitz, und der neue Eigentümer nimmt dessen Besitzposition ein.

Als häufigsten Anlaß für die Beendigung mittelbaren Besitzes kann man das Erlöschen des für sein Bestehen gemäß § 868 BGB notwendigen Besitzverhältnisses und der Erledigung des sich auf dieses Verhältnis gründenden Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers bezeichnen. Daß das Rechtsverhältnis allein aufhört zu bestehen, genügt für die Beendigung mittelbaren Besitzes nicht. Rechtsverhältnisse wie Nießbrauch, Pacht und Miete zeigen dies bei ihrer Beendigung am deutlichsten. Stirbt der Nießbraucher, so erlischt damit nach § 1061 BGB der Nießbrauch, also das nach § 868 BGB zugrundeliegende Verhältnis. Der Besitz

---

[149]) Vgl. §§ 854, 856 BGB.
[150]) s. Planck zu § 868,4b.
[151]) Vgl. § 8 dieser Arbeit. Rosenberg zu § 871.

des Nießbrauchers fällt aber damit nicht an den Nießbrauchbesteller zurück. Vielmehr erlangt der Erbe des Nießbrauchers gemäß § 857 BGB den Besitz, gegen ihn richtet sich nunmehr der Herausgabeanspruch. Nach Ablauf eines Miet- oder Pachtvertrages bleiben die vorhandenen Besitzstellungen bis zur Rückgabe der Miet- oder Pachtsache bestehen.[152]) Erst mit der Rückgabe der Sache geht der mittelbare Besitz verloren. Der frühere mittelbare Besitzer bekommt in diesen Fällen dann wieder unmittelbaren Besitz. Man kann somit auch sagen: die Rückgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer beendige in der Regel den mittelbaren Besitz. Einer Rückgabe ist gleichzustellen, eine Vereinbarung zwischen mittelbarem Besitzer und Mittler dergestalt, daß der Mittler von jetzt an Besitzdiener der Sache sei.[153]) Auch hier geht der mittelbare Besitz unter, da der mittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz zurückerhält.

Aber auch ohne Rückgabe der Sache kann der unmittelbare Besitz durch Erledigung des Herausgabeanspruchs verlorengehen. Eine der Möglichkeiten dieser Art liegt in dem Abschluß eines Erlaßvertrags i. S. des § 397 BGB. Natürlich muß dieser den Herausgabeanspruch zum Gegenstand haben.[154]) Ein einseitiger Verzicht des mittelbaren Besitzers kann, wie die späteren Ausführungen zeigen werden, nicht genügen. Auch durch Konfusion kann der Herausgabeanspruch und damit der mittelbare Besitz erlöschen. Ein derartiger Fall tritt entweder durch Beerbung des unmittelbaren Besitzers durch den mittelbaren Besitzer oder des mittelbaren durch den unmittelbaren ein.[155]) Weiterhin ist es möglich, daß durch Verarbeitung (§ 950 BGB), Verbindung (§§ 946/947 BGB) oder Vermischung der im unmittelbaren Besitz befindlichen Sache der „abgeleitete“ Herausgabeanspruch[156]) und damit auch der mittelbare Besitz aufgehoben wird.[157]) Schließlich sei hierzu angeführt die Zerstörung mittelbaren Besitzes durch Verjährung des Herausgabeanspruchs. Natürlich genügt die Verjährung allein nicht, der unmittelbare Besitzer muß noch mit Rücksicht hierauf sein Rückgabeverweigerungsrecht gemäß § 222 BGB geltend gemacht haben.[158])

---

[152]) Rosenberg zu § 868 VI, 2; Kreß S. 214; Windscheid-Kipp § 157 S. 809; vgl. auch RGRK. zu § 868,6.

[153]) Przibilla, Diss. S. 75/76.

[154]) Rohde XXI S. 74; Rosenberg zu § 868 VI, 2.

[155]) Rohde XXI S. 74.

[156]) Vgl. § 6 dieser Arbeit.

[157]) Rosenberg zu § 868 VI, 2; Bekker S. 62.

[158]) Strohal S. 110; Rosenberg zu § 868 VI, 2; vgl. auch Rohde XXI S. 74.

Wir haben u. a. gesehen, daß durch Einigung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende Verhältnis i. S. des § 868 BGB und der damit verbundene Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe der Sache zu Gunsten des Besitzmittlers zur Aufhebung gebracht werden kann. Es taucht nun die Frage auf, ob auch durch einseitige Erklärungen oder Handlungen des unmittelbaren Besitzers, der die Sache nunmehr allein als Eigenbesitzer haben will, der mittelbare Besitz aufgehoben werden kann. Ueber diese Frage herrscht in der Wissenschaft Streit. Man kann wohl sagen, daß die herrschende Lehre für die Bejahung dieser Frage eintritt.[159])

So führt Strohal aus,[160]) daß der mittelbare Besitz beendigt werde, wenn derjenige, der bisher nur „als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse" besessen habe, einseitig ohne und gegen den Willen des mittelbaren Besitzers Eigenbesitzer würde. Das könne man aus den Vorschriften über die Ersitzung entnehmen. Soweit Ersitzung des Eigentums stattfinden könne, setze sie immer Eigenbesitz voraus, d. h. einen Besitz, bei dem der Besitzer die Sache als ihm gehörend besitze (§§ 937, 900, 872 BGB). Diese Willensrichtung könne aber ein unmittelbarer Besitzer, welchem ein mittelbarer Besitzer gegenüberstehe, sicherlich eben so gut zu zweifellosem Ausdruck bringen wie der Dieb, der die Sache dem unmittelbaren Besitzer wegnehme. Nicht minder gewiß sei, daß auch die weiteren Voraussetzungen der Ersitzung auf seiten desjenigen unmittelbaren Besitzers, welchem bisher ein mittelbarer Besitzer gegenüber gestanden hätte, vorhanden sein könnten. Für den Zeitpunkt der Beendigung könne man in solchen Fällen ein bloßes Meinen und Glauben des unmittelbaren Besitzers und desgleichen ein bloßes inneres Wollen desselben nicht als maßgeblich betrachten. Der mittelbare Besitz würde aber dann als beendigt anzusehen sein, wenn der unmittelbare Besitzer einen neben ihm noch vorhandenen mittelbaren Besitzer praktisch nicht mehr anerkenne. Diese praktische Nichtanerkennung könne sich in einer vom unmittelbaren gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer abgegebenen Erklärung äußern, sie könne aber auch schon ohne solche Erklärung dadurch zum Ausdruck kommen, daß der unmittelbare Besitzer sich bei der Behandlung der Sache allseitig über jede Rücksichtnahme auf einen mittel-

---

[159]) Planck zu § 868,4b ß; Strohal S. 111 ff.; Biermann zu § 868,3b; M. Wolff § 15. II; Przibilla Diss. S. 76 ff.; RGRK. zu 868,6; Crome § 349, II b; Kretzschmar zu § 868,3 b; Goldmann-L. § 3,3 b; Endemann § 32,4.

[160]) Strohal S. 111 ff.

baren Besitzer hinwegsetze. Ob der bisherige mittelbare Besitzer von diesem Verfahren des Mittlers Kenntnis erlangt habe, sei keine Rücksicht zu nehmen.

Planck[161]) geht zur Begründung dieser Ansicht auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über den mittelbaren Besitz zurück. Wie schon in der ersten und auch in der zweiten Kommission[162]) zur Beratung eines Bürgerlichen Gesetzbuches angenommen worden sei, genüge die Erklärung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer, er erkenne diesen als solchen nicht mehr an, zur Beendigung des mittelbaren Besitzes. Gegen diese Annahme scheint zwar zu sprechen, daß, wenn das Verhältnis, auf welchem der mittelbare Besitz beruhe, z. B. ein Mietverhältnis, vermöge dessen der Besitzer den Besitz der Sache habe, rechtsgültig bestehe, der Mieter durch eine Erklärung der oben gedachten Art des Verhältnisses nicht aufzuheben vermöge, also trotz der Erklärung noch in einem Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art stehe. Indessen liege die Voraussetzung, von welcher der § 868 den mittelbaren Besitz abhängig mache, nicht darin, daß ein Verhältnis der bezeichneten Art bestehe, sondern darin, daß der unmittelbare Besitzer die Sache als Nießbraucher, Mieter usw. besitze. Durch das „als" würde ein subjektives Erfordernis aufgestellt und in demselben Sinne müßten daher auch die Worte „in einem ähnlichen Verhältnisse" ausgelegt werden. Dieses subjektive Erfordernis fiele aber weg, wenn eine Erklärung der gedachten Art erfolge. Es könne aber nicht darauf ankommen, daß der unmittelbare Besitzer seine Willensänderung gerade dem mittelbaren Besitzer erkläre, es genüge vielmehr jede Art deutlicher Erklärung oder Betätigung desselben. Die Gefahr, daß der mittelbare Besitz in Beziehung auf die Rechtsvermutung nach § 1006 Abs. 3 BGB. und in Beziehung auf den Lauf der Ersitzungszeit (§ 940) ganz in die Hand seines Besitzmittlers gegeben erscheint, müsse bei der Natur dieses Besitzes in Kauf genommen werden.

Diese Ansichten sind abzulehnen. Richtig ist dagegen, daß durch einseitige Erklärungen oder Handlungen des unmittelbaren Besitzers, der die Sache nunmehr als Eigenbesitzer haben will, der mittelbare Besitz nicht aufgehoben werden kann.[163]) Zu diesem Standpunkt kommt man schon, wenn man von den Voraussetzungen für das Bestehen mittelbaren Besitzes ausgeht. Erfordernis ist das Vorhanden-

[161]) Planck zu § 868,4b ß.
[162]) besonders Prot. III S. 227.
[163]) so Kreß S. 214; Rohde XXI S. 76 f.. Staudinger zu § 868 V, 2b; Leonhard, Vertretung S. 74; Windscheid-Kipp § 157 II, 3; Rosenberg zu § 868 VI,3c; Cosack § 10, III.

sein von mindestens zwei Personen und das Bestehen eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 868, aus welchem sich dann wieder der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers ableitet. Das Besitzvermittlungsverhältnis ist also von einer causa abhängig, an sie gebunden. Wenn nun von zwei Personen ein Rechtsverhältnis, aus dem dann der eine als unmittelbarer Besitzer seinen Besitz von dem anderen, dem mittelbaren Besitzer ableitet, abgeschlossen wird, so würde es gegen die allgemeinen Regeln von den zweiseitigen Verträgen verstoßen, wenn der Besitzmittler von sich aus (einseitig) das Rechtsverhältnis lösen könnte. Hervorzuheben ist hierbei, daß das entscheidende Merkmal eines Besitzvermittlungsverhältnisses nicht, wie Planck zur Begründung seiner Ansicht anführt, allein ein subjektives Erfordernis, durch dessen Wegfall einseitig das Verhältnis zerstört würde, sondern, wie bereits früher dargelegt wurde,[164]) ein abgeleiteter Herausgabeanspruch ist. Der unmittelbare Besitzer unterliegt also, so lange er sich im Besitz der Sache befindet, ohne Rücksicht auf seinen Willen dem abgeleiteten Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers.[165]) Die Berichte der Kommissionsverhandlungen sind bei ihrer mißverständlichen Ausdrucksweise nicht geeignet, dieser Ansicht zur Widerlegung gegenübergestellt zu werden.[166])

Die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht ergibt sich auch aus den Folgen, zu denen sie führen würde. Sie würde zu großer Rechtsunsicherheit, wie auch Planck zugeben muß, Anlaß geben. Man denke z. B. an die Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 2 BGB zu Gunsten des mittelbaren Besitzers. Könnte der Besitzmittler allein durch seine Erklärung die Besitzstellung des mittelbaren Besitzers aufheben, dann wäre diese Gesetzesbestimmung illusorisch. Aehnlich wäre es auch bei der Eigentumsersitzung usw.[167]) Eine weitere verhängnisvolle Folge der gegnerischen Ansicht würde eine große Schutzlosigkeit des mittelbaren Besitzers sein. Der Besitzschutzanspruch aus § 869 BGB würde dann dem mittelbaren Besitzer entfallen. Aber auch mit Hilfe einer Feststellungsklage könnte, wie schon Leonhard[168]) hervorgehoben hat, der mittelbare Besitzer seine Besitzstellung nicht verteidigen. Eine Klage von ihm auf Feststellung des mittelbaren Besitzes würde nicht möglich sein, da er ja nach Gegenansicht keinen mittelbaren Besitz mehr hat. Aber auch eine Klage auf Feststellung des dem Besitzvermittlungsver-

164) Vgl. § 6 dieser Arbeit.
165) Rosenberg zu § 868 VI, 3c.
166) Rohde XXI S. 72.
167) Vgl. Rosenberg zu § 868 VI, 3c.
168) Leonhard, Vertretung S. 44.

hältnis zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses (§ 868 BGB) wie z. B. eines Mietverhältnisses, würde nutzlos sein. Eine erneute Auflehnung des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren würde ein Urteil nicht hindern können. Die gegnerische Ansicht würde zu dem eigenartigen Ergebnis kommen, daß der mittelbare Besitzer ganz von dem guten Willen des unmittelbaren Besitzers abhängen würde, also ihm gewissermaßen untergeordnet wäre, anstatt über diesem zu stehen. Mit Hilfe der Bestimungen über Ersitzung, wie es Strohal will, kann man die Gegenansicht nicht begründen. Die von Strohal angeführte Gegenüberstellung: unmittelbarer Besitzer—Eigenbesitzer—Dieb mag vielleicht im ersten Augenblick überzeugend wirken. Strohal versäumt aber, zwischen dem originären Besitzerwerb des Diebes und dem abgeleiteten Besitzerwerb des unmittelbaren Besitzers zu unterscheiden und kommt somit zu unrichtigen Folgerungen. Bei einem Dieb entsteht der Eigenbesitzererwerb allein schon dadurch, daß er den Willen hat, wie ein Eigentümer zu besitzen.[169]) Bei dem unmittelbaren Besitzer ist dagegen eine derartige Eigenbesitzbegründung wegen des derivativen Besitzerwerbs unmöglich.

Nach der Artung des Besitzvermittlungsverhältnisses ist es nun auch nicht möglich, daß der mittelbare Besitzer durch einseitige Aufgabe den mittelbaren Besitz beendet.[170]) Der Tod des Besitzmittlers hat auch nicht den Untergang mittelbaren Besitzes zur Folge.[171]) Denn der Besitz des unmittelbaren Besitzers geht auf seinen Erben über (§ 857 BGB).

Die Möglichkeiten des Untergangs mittelbaren Besitzes im allgemeinen haben wir gesehen. Besteht eine Stufenfolge mittelbarer Besitzer, so kann man bezüglich ihres Untergangs bezw. Weiterbestehens mit Rücksicht auf diese verschiedenen Möglichkeiten folgendes sagen: Geht die Sache unter, so wird der unmittelbare Besitz, der mittelbare Besitz erster und aller folgenden Stufen beendet. Kommt dem unmittelbaren Besitzer die Sache, die er in Besitz hat, abhanden, verlieren die mittelbaren Besitzer aller Stufen ihren mittelbaren Besitz. Hört das Besitzvermittlungsverhältnis zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer erster Stufe auf und erlangt letzterer unmittelbaren Besitz, so bleiben die mittelbaren Besitzer, die bisher über dem nunmehrigen unmittelbaren Besitzer gestanden hatten, bestehen, sie steigen auf der Besitzleiter nur eine Stufe herunter. Fällt unmittelbarer und

---

[169]) so überzeugend Manigk, WE. und WG. S. 546 ff.; ders. Anwendungsgebiet S. 142 ff.

[170]) Vgl. Windscheid-Kipp § 157 II, 3; Rosenberg zu § 868 VI, 3c.

[171]) Vgl. Kretzschmar zu § 868,3b; Biermann zu § 868,7a; Rosenberg zu § 868 VI c; Planck zu § 868,4b.

mittelbarer Besitz durch Konfusion zusammen, so bleibt in gleicher Weise der Besitz der mittelbaren Besitzer entfernterer Stufen bestehen. Erlischt der mittelbare Besitz eines mittelbaren Besitzers auf einer Zwischenstufe, d. h. eines solchen, über und unter dem noch andere mittelbare Besitzer stehen, so geht der mittelbare Besitz aller über ihm stehenden mittelbaren Besitzer unter.[172])

Wann tritt nun bei der Besitzspaltung der Verlust mittelbaren Besitzes ein?

Das Reichsgericht erkennt, wie bereits früher erörtert wurde,[173]) die Besitzspaltung zu Unrecht nicht an. Es führt aus:[174]) „Hat der unmittelbare Besitzer, obwohl er einem anderen gegenüber zum Besitz einer Sache gemäß § 868 BGB berechtigt oder verpflichtet war, bezüglich dieser Sache mit einem Dritten ein ebensolches Rechtsverhältnis begründet, dem zufolge er nunmehr den Besitz für diesen ausüben will, so ist dadurch der Besitz des früheren mittelbaren Besitzers beseitigt worden. Ob dies mit Recht oder Unrecht geschehen ist, ist für den tatsächlichen Besitzerwerb des Dritten ohne Bedeutung“.[175])

Auch dieser Folgerung des Reichsgerichts, daß schon mit dem Entstehen einer Besitzspaltung der alte mittelbare Besitz untergehe, ist nicht beizutreten, da sie bezüglich ihrer praktischen Auswirkungen zu wenig befriedigenden Ergebnissen kommt.[176])

Dieses sei an Hand des Sachverhalts einer der Entscheidungen des Reichsgerichts, soweit er die Besitzstellung der Parteien betrifft, dargelegt. Der Entscheidung vom 27. November 1927[177]) lag folgender Sachverhalt zugrunde: „Die Firma D. hatte größere Posten Stahlwellen auf Lager, die zum Teil der Klägerin, zum Teil der Beklagten gehörten. Im Oktober 1918 verkaufte die Beklagte Stahlwellen an die Manstaedt-Werke und ließ durch die Firma D. an diese zwecks Erfüllung des Kaufvertrages auch drei der der Klägerin gehörigen Stahlwellen zum Versand bringen.“ Was die rechtliche Würdigung dieses Falles bezüglich der Besitzstellungen betrifft, so nimmt das Reichsgericht mit Recht[178]) an, daß die Beklagte dadurch, daß sie über die drei der

---

[172]) Vgl. auch Rohde XXI S. 74 ff.
[173]) Vgl. § 9 dieser Arbeit.
[174]) in JW. 1928 S. 399.
[175]) Ebenso RG. in JW. 1932 S. 1212 ff. und S. 3763 ff., JW. 1933 S. 1997 ff.; Planck zu § 868,4b; RGRK. zu § 868,6; Kreß S. 214.
[176]) Auf die Ansicht des RG. über die Besitzspaltung überhaupt ist schon in § 9 eingegangen worden. Auf diese Ausführungen sei, da sie hier nur eine Wiederholung sein würden, verwiesen.
[177]) in JW. 1929 S. 398 ff.
[178]) Vgl. § 6 dieser Arbeit und RG. 89, 349.

Klägerin gehörigen Wellen verfügte, und die Firma D. den Versendungsauftrag annahm, auf Grund des Speditionsvertrages zwischen ihr und der Firma D. mittelbare Besitzerin auch von den drei der Klägerin gehörigen Wellen geworden ist. Sagt aber dann, daß durch die Begründung dieses Besitzvermittlungsverhältnisses i. S. des § 868 BGB, auf Grund dessen die Beklagte nunmehr den Besitz ausübt, der Besitzstand der Klägerin, der früheren mittelbaren Besitzerin an den drei Stahlwellen aufgehoben worden sei.

Diese Folgerung ist unrichtig. Man kann nicht allgemein sagen, daß durch Entstehen einer Besitzspaltung zu Gunsten des neuen mittelbaren Besitzers das alte Besitzvermittlungsverhältnis beseitigt wird. Es darf nicht übersehen werden, daß das den mittelbaren Besitz schaffende kausale Rechtsverhältnis i. S. des § 868 zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer nicht einseitig dadurch beseitigt werden kann, daß letzterer mit einem Dritten ein entsprechendes Rechtsverhältnis in der Weise eingeht, daß er selbst unmittelbarer Besitzer bleibt. Deshalb ist auch das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende obligatorische Verhältnis zwischen der Klägerin und der Firma D. nicht dadurch zerstört worden, daß die Firma D. mit der Beklagten ein entsprechendes Rechtsverhältnis einging. Es ist das Verdienst Manigks, erstmalig diese Erkenntnis bei der Besprechung dieser Entscheidung überzeugend hervorgehoben zu haben.[179]) Nicht die hier vertretene Ansicht, sondern gerade die des Reichsgerichts führt zu großer Rechtsunsicherheit.[180]) Denn folgte man der Ansicht des Reichsgerichts, so würde hier bei der Besitzspaltung der alte mittelbare Besitzer allein von dem Verhalten des ihm untergeordneten unmittelbaren Besitzers abhängig sein. Der unmittelbare Besitzer hätte also die Macht, auf das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende und mit ihm verbundene Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB bezüglich seines Bestehens oder Nichtbestehens bestimmenden Einfluß auszuüben. Der alte mittelbare Besitzer würde ferner seine Besitzschutzansprüche verlieren. Aber auch Ansprüche aus dem dem Besitz kausalen Rechtsverhältnis klageweise geltend zu machen, würde ihm unmöglich sein, da mit dem Untergang des Rechtsverhältnisses auch der auf dieses zurückgehende Klagegrund wegfallen würde. Mit unserer Annahme, daß bei einer Be-

[179]) in JW. 1928 S. 398 ff. Anm. zu Nr. 3; dieser Ansicht angeschlossen hat sich Dölle in JW. 1932 S. 1212 ff. Anm. zu Nr. 13 und S. 3767 Anm. zu Nr. 4; wie Manigk und Dölle auch M. Wolff § 15 II, 2. Vgl. auch OLGE. in Hanseat. Rechts- u. Gerichtsztschr. 1931 Abt. B. S. 410 ff.

[180]) a. M. Herschel in JW. 1933 S. 1997 ff. Anm. zu Nr. 2.

sitzspaltung nicht ohne weiteres der alte mittelbare Besitz zu Gunsten des neuen mittelbaren Besitzers beseitigt wird, werden nicht neue schuldrechtliche Gesichtspunkte in die Besitz-bunden. Das ergeben die Voraussetzungen für das Bestimmung des § 868 BGB. Das Besitzmittlungsverhältnis ist immer von einer causa abhängig, ist immer an sie gebunden. Das ergeben die Voraussetzungen für das Bestehen mittelbaren Besitzes.[181]) Es kann deshalb auch hier gleichgültig sein, welchen inneren Willen der unmittelbare Besitzer hat, ob er nur für den neuen mittelbaren Besitzer oder jedem der mittelbaren Besitzer auf verschiedenen Besitzleitern den Besitz vermitteln will.

Die hier vertretene Ansicht ist im übrigen die weitere Folgerung des bereits dargelegten Standpunktes, daß durch einseitige Erklärungen oder Handlungen des unmittelbaren Besitzers, der die Sache von jetzt an als Eigenbesitzer haben will, der unmittelbare Besitz nicht aufgehoben werden kann.

Die Beendigung mittelbaren Besitzes bei der Besitzspaltung tritt nun auf Grund der hier vertretenen Meinung erst mit dem Verlust des unmittelbaren Besitzes des Besitzmittlers ein.[182]) Wendet man diesen Satz auf den oben angeführten reichsgerichtlichen Fall an, so ergibt sich, daß der mittelbare Besitz der Klägerin erst in dem Zeitpunkt untergegangen ist, in dem die Firma D. ihren unmittelbaren Besitz an den drei der Klägerin gehörigen Stahlwellen durch die Uebergabe derselben an die Mannstaedt-Werke verlor.

Es würde zu weit führen, die anderen Entscheidungen des Reichsgerichts, die dieselben Besitzfragen — zum Teil sogar in wörtlicher Uebereinstimmung[183]) — allerdings auf Grund verschiedener Sachverhalte — behandeln, hier noch im einzelnen zu erörtern. Aufgabe dieser Ausführungen sollte nur sein, die grundsätzlichen Besitzfragen bei Besitzspaltung zu klären.

§ 11.

Der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers.

Nicht nur dem Besitzer, der über die volle tatsächliche Gewalt verfügt, sondern auch dem mittelbaren Besitzer ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch Besitzschutz gewährt worden. Dies ergibt der Wortlaut des § 869:

„Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt,

---

181) Vgl. Dölle in JW. 1932 S. 1213; Anm. zu Nr. 13.
182) so mit Recht Manigk in JW. 1928 S. 399: Anm. zu 3.
183) vgl. RG. in JW. 1932 S. 1213 ff. und S. 3764 ff.

so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird".

Will der mittelbare Besitzer den Besitz gegen Angriffe Dritter schützen, so ist die praktische Durchführung des Besitzschutzes in doppelter Weise möglich, und zwar entweder durch seine eigene Tätigkeit (Selbsthilfe) oder durch Rechtsschutz im Wege der Zivilklage.

Wie gestaltet sich nun der Besitzschutz im einzelnen?

Betrachtet man die Möglichkeit einer Selbsthilfe des mittelbaren Besitzers, so stößt man auf die strittige Frage, ob dieses Recht nur aus den allgemeinen Bestimmungen des BGB über Selbsthilfe abzuleiten ist, oder ob auch das für den Besitzer besonders geschaffene Selbsthilferecht aus § 859 für ihn Anwendung findet. Für letztere Annahme treten vor allem Gierke,[184]) Kipp[185]) und Dernburg[186]) ein. So meint Gierke,[187]) der Selbsthilfeschutz dürfe dem mittelbaren Besitzer nicht verkürzt werden. Das Schweigen des Gesetzes bedeute nur, daß der mittelbare Besitzer alle Rechte des Besitzers habe. In manchen Fällen würden freilich schon die allgemeinen Vorschriften über Notwehr (§ 227) und Selbsthilfe (§ 229) genügen, um die Anwendung von Gewalt zum Schutze des mittelbaren Besitzes gegen verbotene Eigenmacht zu rechtfertigen. Aber der erweiterte Selbsthilfeschutz des § 859 gebühre dennoch dem mittelbaren Besitzer. Kipp[188]) verlangt die Anwendung des § 859 mit der Maßgabe, daß der unmittelbare Besitzer nur zur Aufrechterhaltung bezw. sofortigen Wiederherstellung des status quo, d. h. des ungestörten Besitzes, des unmittelbaren Besitzers einschreiten dürfe. Dies erfordere die Natur der Sache nicht minder als die Analogie der Bestimmungen über die Besitzklagen.[189])

[184]) Gierke, Deutsches Privatrecht II § 116; Gutachten S. 37.
[185]) Windscheid-Kipp S. 798.
[186]) Sachenrecht § 23, 7.
[187]) Gutachten S. 37.
[188]) Kipp S. 798.
[189]) Für die Anwendbarkeit des § 859 BGB. ferner Wolff § 20 I; Hofmeister S. 18 ff.; Kohler S. 80.

Die herrschende Lehre[190]) lehnt diese Ansicht mit Recht ab. Nur die allgemeinen Bestimmungen über Selbsthilfe stehen dem mittelbaren Besitzer zur Seite. Dies ergibt schon der Wortlaut des Satz 1 des § 869. Denn nach diesem stehen dem mittelbaren Besitzer nur die Rechte aus den §§ 861, 862 und 867 BGB zu. Würden auch die Rechte aus § 859 dem mittelbaren Besitzer zustehen, so hätte das Gesetz auch diese Bestimmung mitaufgezählt. Daß der unmittelbare Besitzer wirklich Besitzer ist, steht dem nicht entgegen. Für diese hier vertretene herrschende Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen. Wie die Protokolle[191]) ergeben, wurde es schon damals für gänzlich überflüssig erachtet, dem mittelbaren Besitzer das Selbsthilferecht aus § 869 zu gewähren, da die in den §§ 227 ff. getroffenen Bestimmungen zu seinem Schutz ausreichten. Dasselbe ist auch in der Denkschrift[192]) zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches zum Ausdruck gebracht. Dem ist auch beizupflichten. Der mittelbare Besitzer ist z. B. genau wie jeder beliebige Dritte ermächtigt, dem Diebe die dem unmittelbaren Besitzer entwendete Sache auch noch auf der Flucht wieder abzunehmen.[193])

Wird also dem unmittelbaren Besitzer sein Besitz gegen seinen Willen von einem Dritten entzogen oder wird er in seinem Besitz widerrechtlich gestört, so kann auch der mittelbare Besitzer zur Selbsthilfe greifen, wenn ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung seines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§§ 858, 229 BGB).

Für die Erzielung eines Besitzschutzes im Wege der Klage gemäß § 869 muß ebenso wie bei der Selbsthilfe verbotene Eigenmacht durch einen Dritten vorliegen, und zwar gegen einen unmittelbaren Besitzer.[194]) Letzteres ist aus dem Inhalt des Gesetzes zu folgern. Denn als Besitzer, der nach den Bestimmungen der §§ 858—864 BGB geschützt wird, ist nur der unmittelbare nicht auch der mittelbare Besitzer anzusprechen Wie Planck[195]) mit Recht hervorhebt, gehört zu der verbotenen Eigenmacht begrifflich „ein Han-

---

[190]) u. a. Staudinger zu § 869,1a; Planck zu § 869,2; RGRK. zu § 869,1; Rosenberg zu § 869 II,1; Kretzschmar zu § 869,1b; Strohal S. 52; Maenner S. 141; Wendt, Arch. Ziv.-Pr. 87 S. 56; Biermann zu § 869,2.

[191]) Prot. III S. 226.

[192]) Denkschrift S. 114.

[193]) Prot. III S. 226.

[194]) so u. a. Staudinger zu § 869,1c; Planck zu § 869,2; M. Wolff § 20,II; Strohal S. 121 ff.; RG. 68 S. 389; 105,415; RGSt. 36,323 (herrschende Lehre); a. M. Bekker S. 68; Gierke § 116 S. 250 und 255; Hofmeister S. 123 ff.

[195]) zu § 869,2.

deln ohne Willen des unmittelbaren Besitzers“ Willigt der unmittelbare Besitzer in das Handeln des den Besitz stören- den oder entziehenden Dritten ein, so entfällt deshalb auch eine verbotene Eigenmacht und damit ein Schutzanspruch des mittelbaren Besitzers, selbst dann, wenn die Einwilligung gegen die vertraglichen Abmachungen des mittelbaren Be- sitzers verstieß.[196]) Der mittelbare Besitzer ist aber damit nicht schutzlos geworden Es sei gleich hier hervorgehoben, daß ihm die Klagen auf Grund des Rechtsverhältnisses i. S. des § 868 BGB und gegebenenfalls auch auf Grund von besonderen gesetzlichen Bestimmungen wie z. B. wegen un- erlaubter Handlungen (§ 823 BGB) verblieben sind.

Liegt eine Besitzstörung des unmittelbaren Besitzers vor, so hat der mittelbare Besitzer dieselben Ansprüche aus § 862 BGB wie der unmittelbare Besitzer. Er kann von dem Störer die Beseitigung der Störungen verlangen, und wenn weitere Störungen zu erwarten sind, auf Unterlassung klagen. Wird dem unmittelbaren Besitzer der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so decken sich die Ansprüche von mittelbarem und unmittelbarem Besitzer nicht. Der mittelbare Besitzer kann grundsätzlich nur auf Wiederein- räumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer gegen den, der fehlerhaft besitzt, klagen. Nur in dem Falle, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht mehr übernehmen kann oder will, darf er die Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst beanspruchen. Im Falle des § 867 BGB gel- ten die eben genannten Regeln bezüglich der Besitzentziehung für den mittelbaren Besitzer entsprechend. Er kann die Ge- stattung der Ausführung und Wegschaffung der Sache grund- sätzlich nur zu Gunsten des unmittelbaren Besitzers ver- langen. Sofern dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, kann er dieses Recht für sich selbst bean- spruchen.

Diese Ansprüche aus § 869 BGB kann der mittelbare Besitzer ohne Rücksichtnahme auf den Besitzmittler geltend machen. Es ist durchaus denkbar, daß mittelbarer und un- mittelbarer Besitzer ihre Ansprüche unabhängig voneinander geltend machen.[197]) Für eine gegenteilige Annahme finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte.[198])

Besteht eine Stufenfolge mehrerer mittelbarer Besitzer, so stehen die Klagen aus § 869 BGB jedem der mittelbaren Besitzer auf den verschiedenen Stufen zu. Handelt es sich um einen Anspruch- der infolge Besitzentziehung entstanden ist, so können die mittelbaren Besitzer der verschiedenen

---

[196]) Planck zu § 869,1a; Staudinger zu § 869,1c; RG. 111,409 ff.; u. a.
[197]) Staudinger zu § 869,1e; Rosenberg zu § 869, II, 2e.
[198]) Vgl. Staudinger zu § 869,1e.

Stufen gemäß § 869 Satz 2 BGB die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer verlangen. Einräumung des Besitzes an sich selbst kann ein mittelbarer Besitzer höherer Stufe erst dann beanspruchen, wenn der bisherige unmittelbare Besitzer und die unmittelbaren Besitzer der Stufen unter ihm den Besitz nicht mehr übernehmen wollen oder können.[199]) Entsprechendes gilt bezüglich des Anspruchs auf Gestattung der Aufsuchung oder Wegschaffung der Sache (§§ 869, 865 BGB).

Einen Besitzschutz gegen den unmittelbaren Besitzer hat der mittelbare Besitzer nicht.[200]) Ein derartiger Schutz läßt sich aus den Bestimmungen des Gesetzbuches nicht herleiten. Hätte er bestehen sollen, so wäre er in den Bestimmungen des Gesetzbuches mitverankert worden. Er ist aber auch unnötig, da zum Schutze gegen Uebergriffe des unmittelbaren Besitzers die petitorischen Rechtsmittel ausreichen.[201]) Nötigenfalls verbleibt dem mittelbaren Besitzer die Selbsthilfe aus § 229 BGB. Ansichten, daß der Besitzschutz aus Gründen der Billigkeit auch dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren zuzubilligen sei, weil ersterer doch auch Besitzer sei,[202]) sind abzulehnen. Zu beachten ist immer, daß ein pflichtwidriges Verhalten des unmittelbaren Besitzers einen Eingriff in die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers bedeutet, nicht in seine Besitzstellung.[203]) Das zeigt sich beispielsweise in dem Mißbrauch einer Sache durch den Entleiher.

---

[199]) Vgl. Staudinger zu § 871,2; Planck zu § 871,3a; Rosenberg zu § 869 II, 3; Kretzschmar zu § 869,1e; Turnau-Förster zu § 869,5; Mot. III S. 128.

[200]) Staudinger zu § 869,2; M. Wolff § 20, II; Planck zu § 869,2; Maenner S. 141; Windscheid-Kipp S. 798; RGSt. Bd. 36 S. 323; u. a.

[201]) Vgl. Prot. III S. 226; Staudinger zu § 869,2.

[202]) Gierke, Gutachten S. 37; Bekker S. 68; Hofmeister S. 29 ff.

[203]) Staudinger zu § 869,2; Planck zu § 869,2.

Lebenslauf.

Am 9. August 1909 wurde ich in Eschwege als Sohn des damaligen Fabrikanten, jetzigen Bankdirektors Karl Lasch und seiner Ehefrau Grete geb. Koenig geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule der Friedrich-Wilhelm-Schule zu Eschwege trat ich Ostern 1919 in die Sexta des Gymnasiums der gleichen Schule ein. Ostern 1928 erhielt ich das Reifezeugnis. Alsdann wandte ich mich dem juristischen Studium zu und studierte in Marburg, München und Freiburg i. B. Am 16. April 1932 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit Mai 1932 befinde ich mich als Referendar im Ausbildungsdienst.